

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Corso di Dottorato in Diritto comparato, privato, processuale civile e dell'impresa

XXX ciclo

**LA SECURITY FOR COSTS NELL'ARBITRATO COMMERCIALE
INTERNAZIONALE: LINEAMENTI DELL'ISTITUTO E PECULIARITÀ
NEGLI ARBITRATI "ITALIANI"**

Emilio Bettoni

Relatore: Chiar.ma Prof.ssa **Laura Salvaneschi**

Anno Accademico 2016 – 2017

INDICE

I. INTRODUZIONE	1
II. DEFINIZIONE, ORIGINE E PECULIARITÀ DELLA SECURITY FOR COSTS.....	10
II.A LA CAUZIONE PER LE SPESE NEL CONTENZIOSO ORDINARIO IN ITALIA.....	10
II.B CENNI SULLE PECULIARITÀ DELLA SECURITY FOR COSTS.....	12
III. QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA SECURITY FOR COSTS.....	17
III.A LA QUALIFICAZIONE NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE: PROFILI GENERALI	17
III.A.1 <i>La qualificazione nel diritto internazionale privato e nell'arbitrato internazionale dal punto di vista delle corti statali.....</i>	19
III.A.2 <i>La qualificazione nell'arbitrato internazionale dal punto di vista degli arbitri.....</i>	21
III.B QUALIFICAZIONE DELLA SECURITY FOR COSTS NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE	26
III.B.1 <i>La qualificazione della security for costs secondo il diritto della sede.....</i>	26
III.B.2 <i>La qualificazione autonoma della security for costs.....</i>	29
(i) Tesi minoritaria: la security for costs come misura processuale estranea alla tutela cautelare.....	30
(ii) Tesi maggioritaria: la security for costs come espressione della tutela cautelare	32
(iii) La necessità di una qualificazione autonoma scrupolosa, specialmente negli arbitrati con sede in Italia o in altri ordinamenti che non concedono agli arbitri poteri cautelari	36
(iv) La security for costs a confronto con i presupposti e le tipologie di misure cautelari nell'arbitrato internazionale .	47
III.B.3 <i>Conclusioni sulla qualificazione autonoma della security for costs: una misura cautelare sui generis</i>	52
IV. LA COMPETENZA A DECIDERE SULLE ISTANZE DI SECURITY FOR COSTS	55
IV.A IL POTERE DEI GIUDICI DELLA SEDE DI ORDINARE SECURITY FOR COSTS.....	55
IV.A.1 <i>Gli ordinamenti in cui la lex arbitri disciplina la security for costs.....</i>	55
IV.A.2 <i>Gli ordinamenti in cui la lex arbitri non disciplina la security for costs.....</i>	59
(i) Il ruolo delle fonti sovranazionali, della lex arbitri e del diritto interno del foro	60
(ii) Il ruolo dell'autonomia delle parti	65
IV.A.3 <i>Critica alla competenza concorrente dell'autorità giudiziaria in relazione alla security for costs</i>	68
IV.B IL POTERE DEI TRIBUNALI ARBITRALI DI ORDINARE SECURITY FOR COSTS.....	71
IV.C IL POTERE DI ORDINARE SECURITY FOR COSTS NEGLI ARBITRATI ITALIANI	75
IV.C.1 <i>L'ammissibilità della security for costs negli arbitrati italiani</i>	75
(i) La security for costs a confronto con la cauzione per le spese ex art. 98 c.p.c.	76
(ii) Il diritto di accesso alla giustizia arbitrale a confronto con il diritto di accesso alla giustizia ex artt. 3 e 24 della Carta Costituzionale.....	82
(iii) Conclusioni sull'ammissibilità della security for costs negli arbitrati italiani	87
IV.C.2 <i>La security for costs e l'art. 818 c.p.c.....</i>	87
(i) L'art. 818 c.p.c.: una scelta dovuta o un'infelice idiosincrasia del nostro ordinamento?	88
(ii) La portata dell'art. 818 c.p.c.	92
(iii) La natura dell'art. 818 c.p.c.: norma imperativa o derogabile?	92
IV.C.3 <i>Conclusioni sulla competenza in materia di security for costs negli arbitrati internazionali che si svolgono in Italia</i>	97
V. I PRESUPPOSTI PER LA CONCESSIONE DI UN'ISTANZA DI SECURITY FOR COSTS.....	100

V.A	LA LEGGE APPLICABILE AI PRESUPPOSTI PER LA CONCESSIONE DELLA SECURITY FOR COSTS.....	104
V.A.1	<i>Il diritto dell'ordinamento della sede</i>	105
V.A.2	<i>La legge applicabile al merito della controversia – lex causae</i>	107
V.A.3	<i>La piena discrezionalità degli arbitri</i>	108
V.A.4	<i>Gli standards diffusi nella prassi arbitrale internazionale</i>	108
V.A.5	<i>Conclusione</i>	109
V.B	I PRESUPPOSTI PER LA CONCESSIONE DELLA SECURITY FOR COSTS.....	111
V.B.1	<i>Il fumus boni iuris</i>	112
(i)	L'applicazione del principio di soccombenza.....	112
(ii)	Le probabilità di successo nel merito della controversia.....	117
V.B.2	<i>Nazionalità, residenza e domicilio dell'attore e conseguenti ostacoli per il convenuto nell'ottenere il riconoscimento e l'esecuzione della condanna alle spese</i>	119
V.B.3	<i>Le operazioni poste in essere in mala fede per ostacolare il riconoscimento e l'esecuzione della condanna alle spese</i>	123
V.B.4	<i>Le condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie</i>	125
V.B.5	<i>Il ricorso al third-party funding e il fenomeno dell'arbitrato c.d. "hit and run"</i>	134
V.B.6	<i>Il bilanciamento degli interessi delle parti (balancing of interests)</i>	139
(i)	Il pagamento ovvero il mancato pagamento degli anticipi sui costi dell'arbitrato.....	141
(ii)	La presenza di domande riconvenzionali proposte dal convenuto-ricorrente.....	142
(iii)	L'offerta del ricorrente di prestare una contro-garanzia.....	143
(iv)	La tendenza dell'attore-resistente a non adempiere alle condanne alle spese in controversie precedenti.....	144
(v)	La tempistica con cui è presentata l'istanza di security for costs.....	145
V.C	PROPOSTA DI UN TEST DI PORTATA GENERALE.....	146
VI.	IL CONTENUTO DELL'ORDINE DI SECURITY FOR COSTS, LE CONSEGUENZE DELL'EVENTUALE INADEMPIMENTO E LE SORTI DELLA GARANZIA AL TERMINE DELL'ARBITRATO.....	151
VI.A	IL CONTENUTO DELL'ORDINANZA CHE CONCEDE UNA SECURITY FOR COSTS.....	151
VI.A.1	<i>La determinazione del quantum della garanzia</i>	151
VI.A.2	<i>Le modalità di prestazione della security for costs</i>	156
VI.B	LE CONSEGUENZE DELL'INOTTEMPERANZA A UN ORDINE DI SECURITY FOR COSTS.....	158
VI.C	LE SORTI DELLA SECURITY FOR COSTS E L'ALLOCAZIONE DEI RELATIVI COSTI.....	160
VII.	RIFLESSIONI CONCLUSIVE.....	162
	BIBLIOGRAFIA.....	165
	GIURISPRUDENZA CITATA.....	173

INDICE DELLE ABBREVIAZIONI

Termini di uso ricorrente

§	Paragrafo / paragrafi
Art. / Artt.	Articolo / Articoli
c.d.	Cosiddetto
Cfr.	Confronta
d. lgs.	Decreto legislativo
e.g.	<i>Exempli gratia</i>
Ed.	Editore / editori / edizione
Id.	<i>Idem</i>
l.	Legge
n.	Nota a piè di pagina / note a piè di pagina
no.	Numero
p.	Pagina / pagine

Periodici e pubblicazioni più frequentemente citati

<i>Am. Rev. Intl. Arb.</i>	<i>American Review of International Arbitration</i>
<i>Arb. Intl.</i>	<i>Arbitration International</i>
<i>ASA Bulletin</i>	<i>Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin</i>
<i>Asian Intl. Arb. J.</i>	<i>Asian International Arbitration Journal</i>
<i>Berkeley J. Intl. L.</i>	<i>Berkeley Journal of International Law</i>
<i>Cah. arb.</i>	<i>Cahiers de l'arbitrage</i>
<i>Disp. Res. Intl.</i>	<i>Dispute Resolution International</i>
<i>Foro it.</i>	Foro italiano
<i>Giur. Cost.</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>Giust. Civ.</i>	Giustizia civile
<i>ICC Bulletin</i>	<i>ICC International Court of Arbitration Bulletin</i>
<i>J.D.I.</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>J. Intl. Arb.</i>	<i>Journal of International Arbitration</i>
<i>Mich. J. Intl L.</i>	<i>Michigan Journal of International Law</i>
<i>R. dir. int. priv. proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>Rev. Arb.</i>	<i>Revue de l'Arbitrage</i>
<i>Riv. arb.</i>	Rivista dell'arbitrato
<i>Sing. Ac. L. J.</i>	<i>Singapore Academy of Law Journal</i>
<i>Spain Arb. Rev.</i>	<i>Spain Arbitration Review</i>
<i>T.D.M.</i>	<i>Transnational Dispute Management</i>
<i>Y.C.A.</i>	<i>Yearbook Commercial Arbitration</i>

Norme, organi giudiziari ed istituzioni arbitrali

AIA	Associazione Italiana per l'Arbitrato
CAM	Camera Arbitrale di Milano

Cass.	Corte di Cassazione
CEDU	Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre 1950
CEPANI	<i>Belgian Centre for Arbitration and Mediation</i>
CGUE	Corte di Giustizia dell'Unione Europea
CIETAC	<i>China International Economic and Trade Arbitration Commission</i>
Convenzione di Ginevra	<i>European Convention on International Commercial Arbitration</i> , adottata a Ginevra il 21 aprile 1961
Convenzione di New York	Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali estere, adottata a New York il 10 giugno 1958
Convenzione di Washington	<i>Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States - International Centre for Settlement of Investment Disputes</i> , adottata a Washington il 18 marzo 1965
c.p.c.	Codice di procedura civile
EWCA	<i>England and Wales Court of Appeal</i>
EWHC	<i>England and Wales High Court</i>
HKIAC	<i>Hong Kong International Arbitration Centre</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce / Camera di Commercio Internazionale</i>
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
LCIA	<i>London Court of International Arbitration</i>
LDIP	Legge federale svizzera sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987
Legge Modello UNCITRAL	<i>UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006</i> , adottata con le risoluzioni 40/72 2 61/33 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, rispettivamente dell'11 dicembre 1985 e 4 dicembre 2006
NAI	<i>Netherlands Arbitration Institute</i>
NCPC	<i>Nouveau code de procédure civile</i> francese, modificato da ultimo con riferimento alla disciplina arbitrale dal <i>Décret</i> no. 48 del 13 gennaio 2011
Regolamento AIA	Regolamento di arbitrato dell'AIA, in vigore dal 2016
Regolamento CAM	Regolamento Arbitrale della CAM, in vigore dal 1 gennaio 2010
Regolamento CEPANI	<i>CEPANI Arbitration Rules</i> , in vigore del 1 gennaio 2013
Regolamento CIETAC	<i>CIETAC Arbitration Rules</i> , in vigore dal 1 gennaio 2015

Regolamento HKIAC	<i>HKIAC Administered Arbitration Rules</i> , in vigore dal 1 novembre 2013
Regolamento ICC	Regolamento di arbitrato dell'ICC del 2012, come modificato nel 2017, in vigore dal 1 marzo 2017
Regolamento ICSID	<i>Rules of Procedure for Arbitration Proceedings</i> , in vigore dal 10 aprile 2006
Regolamento LCIA	<i>LCIA Arbitration Rules</i> , in vigore dal 1 ottobre 2014
Regolamento SCC	<i>Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce</i> , in vigore dal 1 gennaio 2017
Regolamento SIAC	<i>Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre</i> , in vigore dal 1 agosto 2016
Regolamento UNCITRAL 1976	<i>UNCITRAL Arbitration Rules</i> , adottate con la risoluzione 31/98 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 15 dicembre 1976
Regolamento UNCITRAL 2010	<i>UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)</i> , adottate con la risoluzione 65/22 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 6 dicembre 2010
SCC	<i>Stockholm Chamber of Commerce</i>
SIAC	<i>Singapore International Arbitration Centre</i>
TCE	Trattato che istituisce la Comunità Europea
TFUE	Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea
UE	Unione Europea
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
ZCC	<i>Zurich Chamber of Commerce</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> tedesco

I. INTRODUZIONE

Dalla seconda metà degli anni Novanta ad oggi l'arbitrato internazionale ha conosciuto un notevole e continuo sviluppo. Questo è testimoniato non solo dal crescente numero degli arbitrati amministrati dalle principali istituzioni arbitrali – come si evince dalle recenti statistiche pubblicate, tra le altre, dall'ICC¹ e dall'ICSID² – ma anche dal continuo aggiornamento dei regolamenti arbitrali volto a rendere più efficace la procedura arbitrale e dal proliferare delle iniziative accademiche e scientifiche nel settore. A questo si aggiunge che l'arbitrato internazionale è diventato sempre più globale. Ciò vale per l'arbitrato internazionale in materia di investimenti, dove Stati come l'Italia e la Spagna, notoriamente considerati esportatori di investimenti, sono stati di recente convenuti per le prime volte dinnanzi a tribunali internazionali³, ma anche per l'arbitrato commerciale internazionale, come testimoniato dalla sempre più varia nazionalità delle parti e degli arbitri coinvolti⁴.

Ciò che più rileva ai fini del presente scritto è che, di pari passo con lo sviluppo e la globalizzazione dell'arbitrato internazionale, complice anche la complessità non solo giuridica ma anche fattuale delle controversie solitamente deferite in arbitrato, si è assistito a un graduale incremento della sofisticatezza dei procedimenti arbitrali, il che ha comportato una dilatazione dei tempi necessari per l'aggiudicazione delle controversie e, soprattutto, un notevole aumento dei costi. Invero, se tradizionalmente l'arbitrato era considerato un sistema rapido ed economico per l'aggiudicazione di controversie che presentano elementi di transnazionalità⁵, negli ultimi anni è stata messa in risalto la sua dispendiosità rispetto ai procedimenti ordinari dinnanzi ai giudici statali⁶, ove il contributo da versare per l'accesso al sistema giustizia è notevolmente inferiore

¹ Cfr. <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016/>. In proposito, si veda anche D. THOMSON, *ICC announces record new cases in 2016*, in *Global Arbitration Review*, 18 gennaio 2017.

² Si veda il numero dei procedimenti arbitrali riportato in *The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2017-1)*, p. 7-8.

³ Il primo dei sette arbitrati d'investimento in cui l'Italia è stata convenuta dinnanzi a tribunali ICSID è stato registrato il 21 febbraio 2014. La Spagna è stata invece citata per ventinove volte dinnanzi a tribunali ICSID dalla fine del 2012 ad oggi, mentre in precedenza era stata convenuta solo una volta nel celebre arbitrato ICSID no. ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*.

⁴ Si vedano le statistiche menzionate *supra* in n. 1 e 2.

⁵ Cfr. D. A. R. WILLIAMS, *Costs and Access to International Arbitration*, in *Arbitration* vol. 80(4), 2014, p. 432 (“*One of the traditional benefits of international arbitration is often said to be that it is faster and cheaper than litigation, but as international arbitrations become more complex this is not always the case*”). Si vedano, inoltre, J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS, S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, § 1.28-1.30; K. SACHS, *Time and Money: Cost Control and Effective Case Management*, in *Pervasive Problems in International Arbitration* (J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS ed.), Kluwer Law International, 2006, p. 112-113; A. TWEEDDALE, K. TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, Oxford University Press, 2005, p. 39.

⁶ L'insoddisfazione degli utenti dell'arbitrato internazionale circa la dispendiosità e la lunghezza dei procedimenti arbitrali emerge chiaramente dal *2006 International Arbitration Study: Corporate Attitudes and Practices* condotto dalla Queen Mary University of London e da PricewaterhouseCoopers:

“The expense of the international arbitration process (including the costs of arbitration lawyers, arbitrators, and the arbitration institution that may be involved) was the most widely recognised

rispetto agli onorari degli arbitri e ai costi amministrativi delle istituzioni arbitrali, il ricorso ai periti è più attento e pertanto meno dispendioso, e gli onorari degli avvocati sono solitamente liquidati sulla base di tariffari prestabiliti⁷.

Proprio in ragione di quanto appena esposto, negli ultimi anni gli operatori dell'arbitrato internazionale si sono mostrati molto più sensibili al tema dei costi dell'arbitrato. Ciò è vero non solo per gli arbitri ma anche per la dottrina e le maggiori istituzioni arbitrali, che si sono prodigate per proporre soluzioni volte sia alla riduzione dei costi degli arbitrati internazionali⁸, sia all'individuazione di regole chiare e prevedibili per la ripartizione delle spese tra le parti in causa⁹.

Come sarà approfondito più avanti¹⁰, le regole applicabili all'allocazione dei costi dell'arbitrato sono determinate dalla *lex arbitri*¹¹, variano a seconda dell'ordinamento nazionale, e sono generalmente derogabili dalle parti mediante accordo inserito nella convenzione d'arbitrato, ivi incluso tramite il rinvio ai regolamenti arbitrali. Nonostante la presenza di queste molteplici variabili, è possibile ritenere che siano essenzialmente due gli approcci adottati dai legislatori

disadvantage. 70 out of 80 respondents cited it as one of their top three concerns, with 50% of respondents ranking it as their primary concern. [...] A related concern is the time the arbitration process takes from filing to award, which was the second most commonly expressed concern" (p. 6-7).

Analoga percezione risulta dal 2015 *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration* condotto dalla Queen Mary University of London in collaborazione con White & Case: "*Cost' was by far the most complained of characteristic*" (p. 7).

⁷ N. BLACKABY, C. PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6° ed., Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015, § 1.123-1.125 i quali sottolineano che i procedimenti arbitrali internazionali comportano anche ulteriori costi, tra cui quelli relativi ai segretari arbitrali, ai traduttori, agli interpreti, agli stenografi e all'affitto dei locali necessari per le udienze.

⁸ Si vedano, a mero titolo esemplificativo, A. J. WEISS, E. E. KLISCH ET AL., *Techniques and Tradeoffs for Incorporating Cost- and Time-Saving Measures into International Arbitration Agreements*, in *J. Intl. Arb.* vol. 34(2), 2017, p. 257-274; L. GREENWOOD, *Keeping the Golden Goose Alive: Could Alternative Fee Arrangements Reduce the Cost of International Arbitration?*, in *J. Intl. Arb.* vol. 28(6), 2011, p. 591-598; N. ULMER, *The Cost Conundrum*, in *Arb. Intl.* vol. 26(2), 2010, p. 221-250; SACHS, *Time and Money: Cost Control and Effective Case Management*, in *Pervasive Problems in International Arbitration* (J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS ed.), cit., p. 113-114. Finalizzata al contenimento dei costi e alla massimizzazione dell'efficienza del procedimento arbitrale è anche l'*ICC Commission Report: Controlling Time and Costs in Arbitration* del 2012.

⁹ Sul punto si vedano, *ex multis*, K. BONDAR, *Allocation of costs in investor-State and commercial arbitration: towards a harmonized approach*, in *Arb. Intl.* vol. 32(1), 2016, p. 45 ss.; P. NOWACZYK, K. CZECH, *Rethinking costs and costs awards in international arbitration: a call for less criticism of arbitration costs, but improvement of costs allocation practices*, in *ASA Bulletin* vol. 33(3), 2015, p. 494-513; C. KOCH, *Is There a Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration? – The Importance of the Applicable Provisions and Legal Traditions*, in *J. Intl. Arb.* vol. 31(4), 2014, p. 485-497. Merita di essere segnalato al riguardo anche l'*ICC Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration*, in *ICC Bulletin* 2015(2), 2015, p. 1 ss.

¹⁰ Si veda *infra* la Sezione V.B.1(i) ed in particolare le n. 501-509 e il testo di riferimento.

¹¹ Il termine "*lex arbitri*" verrà utilizzato in questo scritto per riferirsi alla legge sull'arbitrato dello Stato della sede. Diverso dal concetto di *lex arbitri* è quello di legge procedurale dell'arbitrato che include, oltre alle disposizioni rilevanti della *lex arbitri*, le regole procedurali scelte dalle parti (quali ad esempio il regolamento arbitrale di un'istituzione) e quelle determinate dal collegio arbitrale. Per maggiori approfondimenti sulla relazione tra *lex arbitri* e legge procedurale dell'arbitrato, si veda A. HENDERSON, *Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration: Unravelling the Laws of the Arbitration Process*, in *Sing. Ac. L. J.* vol. 26, 2014, p. 886-910; BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 3.055 ss., in particolare, § 3.48 ss.

nazionali e affermatasi nella prassi arbitrale: da un lato il principio della soccombenza, anche noto anche come “*English rule*”, “*loser pays rule*” o “*costs follow the event rule*”, secondo cui la parte soccombente in arbitrato è tenuta, quantomeno in linea di principio, al rimborso delle spese a favore della controparte; dall’altro la compensazione delle spese, conosciuta anche come “*American rule*” o “*pay your own way*”, secondo cui, a prescindere dall’esito dell’arbitrato, nessuna delle parti ha diritto al rimborso delle proprie spese legali ed è tenuta al pagamento della metà degli onorari degli arbitri, dei costi amministrativi dell’istituzione arbitrale e delle altre spese necessarie per lo svolgimento dell’arbitrato. Esistono poi soluzioni intermedie che possono tuttavia essere ricondotte a delle variazioni dei due approcci appena descritti¹², i quali spesso costituiscono il punto di partenza degli arbitri per l’individuazione della responsabilità delle parti in relazione ai costi arbitrali anche laddove le regole applicabili lascino ad essi una discrezionalità totale o quasi, come avviene per esempio negli arbitrati ICC ai sensi dell’art. 38(5) del Regolamento ICC¹³.

È solo nei casi in cui vige il principio della soccombenza o in cui questo principio può trovare applicazione a seguito dell’esercizio di eventuali poteri discrezionali degli arbitri che la parte risultata vincitrice nell’arbitrato può aspirare – almeno in parte – al recupero delle spese di difesa e rappresentanza e degli anticipi versati a copertura degli onorari degli arbitri e dei costi amministrativi dell’istituzione arbitrale, che, se sommati, spesso raggiungono un ammontare significativo rispetto al valore della controversia¹⁴.

Ma cosa succede se, in seguito all’applicazione della *loser pays rule*, la parte soccombente si rifiuta o addirittura non è in grado di adempiere alla condanna alle spese?

Nel primo dei due scenari, cioè quello in cui la parte soccombente si rifiuta di adempiere al lodo di condanna alle spese ma ha dei beni sufficienti a soddisfare il credito della controparte, la parte

¹² Cfr. BONDAR, *Allocation of costs in investor-State and commercial arbitration: towards a harmonized approach*, cit., p. 51: “‘Relative success’ approach is largely regarded as a variation of CFE [costs follow the event rule]”.

¹³ In proposito, si veda ICC Commission Report: *Decisions on Costs in International Arbitration*, cit., p. 4-5, § 13-14:

“Despite the fact that the ICC and at least half of the other major institutional rules contain no presumption in favour of the recovery of costs by the successful party, it appears that the majority of arbitral tribunals broadly adopt that approach as a starting point, thereafter adjusting the allocation of costs as considered appropriate. This was the approach in the majority of ICC awards examined, in 91% of HKIAC awards, in the majority of ICDR awards, in 90% of SIAC awards and in more than half of the SCC awards. [...]”

An alternative starting point is that each party will pay its own costs. [...]”.

¹⁴ In questo senso, A. REDFERN, S. O’LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, in *Arb. Intl.* vol. 32(3), 2016, p. 397 (“it is not uncommon for costs to run into millions of dollars and even, in some cases, to exceed the principal claim itself”); e BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 1.124 (“In a major arbitration, these will run into many millions, or even tens of millions, of dollars”). Di diverso avviso sono P. A. KARRER, M. DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, in *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Carl Heymanns Verlag KG, 2001, p. 339, secondo cui “The amounts [of the parties’ representation costs] are often insignificant compared to the overall amount in dispute”. Questa affermazione è oggi condivisibile solo per gli arbitrati di grande valore, poiché negli arbitrati di dimensioni medio-piccole i costi dell’arbitrato raggiungono spesso una percentuale importante del valore della controversia (si vedano M. BÜHLER, M. STACHER, *Costs in International Arbitration*, in *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (M. ARROYO ed.), Kluwer Law International, 2013, p. 1371).

vincitrice in arbitrato ben potrebbe chiedere il riconoscimento e l'esecuzione del lodo in un ordinamento in cui la soccombente ha dei beni. Nonostante questo compito sia notevolmente agevolato dalla Convenzione di New York del 1958¹⁵, oggi in vigore in 157 Stati, e da altri strumenti internazionali per la circolazione dei lodi, si pensi alla Convenzione di Panama nel 1975¹⁶, la parte vincitrice potrebbe incontrare diversi ostacoli per il soddisfacimento del suo credito. Innanzitutto, essa dovrà fronteggiare nuovi costi relativi ai procedimenti di riconoscimento ed esecuzione che, sebbene generalmente rapidi e sommari, sono lasciati dall'art. III della Convenzione di New York alla regolamentazione dei legislatori nazionali, con la conseguenza che i costi ad essi relativi potrebbero rivelarsi non insignificanti. Inoltre, il riconoscimento e l'esecuzione del lodo potrebbero essere rifiutati dallo Stato richiesto. Infatti, benché l'art. V della Convenzione di New York limiti notevolmente le ipotesi in cui il giudice richiesto può negare l'*exequatur*¹⁷, rimane pur sempre un margine di discrezionalità per i giudici nazionali tale da rendere parzialmente incerto l'esito dei procedimenti di riconoscimento ed esecuzione. A tutto ciò si aggiunge che, anche laddove l'*exequatur* sia concesso, il soddisfacimento del credito sarà necessariamente posticipato della durata necessaria per portare a termine il procedimento di riconoscimento ed esecuzione nello Stato richiesto.

Gli ostacoli appena illustrati non solo rendono complicata e rischiosa la soddisfazione del credito ma sollevano anche interrogativi sull'efficienza dei procedimenti arbitrali. Tali dubbi risultano amplificati nelle ipotesi in cui l'*iter* processuale necessario per ottenere l'esecuzione del lodo di condanna alle spese diventi addirittura economicamente sconsigliato per la parte vincitrice che potrebbe, seppur a malincuore, preferire di rinunciare al soddisfacimento del proprio credito. Si pensi, oltre al caso in cui si teme che i procedimenti di *exequatur* siano lunghi e dispendiosi, alle ipotesi in cui la condanna alle spese avviene per un ammontare modesto e non si accompagna alla condanna ai danni: vuoi perché il collegio arbitrale ha determinato i danni con un lodo parziale salvo poi liquidare le spese nel lodo finale, vuoi perché, più semplicemente, la parte che ha prevalso in arbitrato era il convenuto che non aveva presentato alcuna domanda riconvenzionale.

La necessità di trovare uno strumento alternativo al classico metodo di riconoscimento ed esecuzione del lodo di condanna alle spese appare ancor più lampante nel secondo scenario sopra paventato, ovvero sia nell'ipotesi in cui la parte soccombente in arbitrato non abbia beni a sufficienza per rifondere le spese. In questi casi, qualsiasi tentativo di *exequatur* si rivelerà infruttuoso (almeno parzialmente) e la condanna alle spese resterà insoddisfatta, con il risultato che la parte che ha prevalso in arbitrato non avrà ottenuto giustizia ma soltanto una vittoria pirrica, peraltro al termine di un procedimento arbitrale verosimilmente lungo e, soprattutto, dispendioso.

¹⁵ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 330 UNTS 3.

¹⁶ *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, 1438 UNTS 245.

¹⁷ Le ipotesi in cui il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi possono essere rifiutati ai sensi dell'art. 5 della Convenzione di Panama del 1975 sono essenzialmente identiche a quelle previste dall'art. V della Convenzione di New York.

La *security for costs*, nota nei sistemi di *civil law* come “*cautio pro expensis*”¹⁸, è lo strumento processuale che – a determinate condizioni – permette a una parte di ottenere una garanzia per i costi dell’arbitrato in pendenza di lite, scongiurando il verificarsi degli scenari sopra delineati ed evitando di posticipare il problema del recupero dei costi fino alla fase di *exequatur* del lodo, quando ormai l’arbitrato è concluso e il collegio arbitrale *functus officio*.

Prima di analizzare in dettaglio la natura della *security for costs*, le sue peculiarità e le problematiche ad essa connesse, è opportuno svolgere ulteriori considerazioni sulle circostanze nelle quali la *security for costs* può rivelarsi un importante strumento processuale.

È opinione condivisa che attore e convenuto si trovano in posizioni diverse, non solo durante lo svolgimento del procedimento arbitrale, ma anche prima dell’instaurazione dello stesso¹⁹. Invero, ammesso che nelle circostanze del singolo caso concreto sia possibile distinguere tra una parte che intende iniziare un arbitrato e una che preferirebbe evitarlo e agirebbe dunque solo in veste di convenuta, eventualmente presentando domande riconvenzionali, vi è una sostanziale differenza tra le valutazioni che le parti possono svolgere, incluse quelle inerenti alla strategia processuale.

La parte che inizia l’arbitrato si trova in una posizione di indubbio vantaggio in quanto ha la possibilità di valutare la bontà del proprio caso e delle prove che intende produrre a supporto dei propri argomenti, nonché di stimare la durata e i costi del procedimento arbitrale. Se, alla luce di questa valutazione, l’attore ritiene che le incertezze, i rischi e i costi dell’arbitrato superino i potenziali benefici da esso derivanti potrà decidere di non dare impulso all’arbitrato, rinunciando all’azione potenzialmente esperibile nei confronti della controparte²⁰. Ad analoga conclusione potrebbe giungere l’attore che, pur reputandosi creditore di un altro soggetto, sia dell’avviso che la controparte non dispone di beni a sufficienza per soddisfare il proprio credito e, tantomeno, un nuovo credito derivante dall’eventuale condanna alle spese dell’arbitrato²¹. Al contrario, nel caso in cui sia l’attore ad essere insolvente, poche sarebbero le remore a frenarlo dal dare impulso all’arbitrato nella speranza di ottenere una decisione favorevole e con la consapevolezza che, anche in ipotesi di soccombenza, la controparte non avrebbe di che soddisfare, non solo le eventuali contro-pretese avanzate mediante domanda riconvenzionale, ma anche un’ipotetica condanna dell’attore alle spese dell’arbitrato²².

¹⁸ Nonostante la tendenza diffusa nel panorama dell’arbitrato internazionale (tanto in dottrina quanto in giurisprudenza) ad utilizzare l’espressione “*cautio iudicatum solvi*” come sinonimo di *security for costs*, va rilevato che nel diritto romano la *cautio iudicatum solvi* assolveva una funzione diversa dall’attuale *security for costs*. Invero, la *cautio iudicatum solvi* serviva a garantire le pretese avanzate in giudizio dalle parti, non la rifusione delle spese processuali, funzione cui era invece preposta la “*cautio pro expensis*” (si veda *infra* n. 27). Sarà pertanto quest’ultima espressione ad essere utilizzata in questo scritto per riferirsi alla *security for costs*.

¹⁹ Di questo avviso sono REDFERN, O’LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 398 e KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 340.

²⁰ Cfr. REDFERN, O’LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 398.

²¹ In questo senso, KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 340.

²² *Id.*, p. 340, secondo cui una società prossima all’insolvenza sarebbe addirittura incentivata a promuovere un procedimento arbitrale sì da poter inserire a bilancio i crediti vantati in arbitrato, non facendo emergere la propria

Notevolmente diversa è la posizione in cui si trova la parte convenuta. Questa si trova infatti nella non invidiabile posizione di scegliere tra il rimanere contumace, esponendosi però al forte rischio di un lodo sfavorevole che potrebbe circolare facilmente grazie alla Convenzione di New York²³, e il costituirsi nell'arbitrato difendendo le proprie posizioni, ma in tal caso incorrendo nei costi necessari per l'attività difensiva e anticipando parte degli onorari degli arbitri e dei costi amministrativi dell'istituzione arbitrale, almeno finché il collegio non si sia pronunciato sulle spese dell'arbitrato²⁴. È evidente che in entrambi gli scenari il convenuto si trova in una posizione di maggior vulnerabilità.

Ancor più emblematica è l'ipotesi in cui il convenuto non proponga alcuna domanda riconvenzionale. In questi casi egli potrebbe solo aspirare ad ottenere un lodo di rigetto delle pretese attoree e – nel caso in cui si applichi il principio della soccombenza – una condanna

incapienza. Sebbene l'elevato costo dei procedimenti arbitrali (specialmente per i casi più complessi e di maggior valore) costituisca un deterrente, un attore insolvente o prossimo all'insolvenza potrebbe comunque essere in grado di instaurare e portare a termine un procedimento arbitrale, vuoi grazie al finanziamento di soggetti terzi (c.d. "*third-party funders*"), vuoi mediante l'inserimento di clausole di *success fee* o *contingent fee* nel contratto di conferimento di incarico professionale agli avvocati, facendo così dipendere le spese di rappresentanza in arbitrato dall'esito più o meno favorevole della controversia.

²³ Di questo avviso sono, REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 398.

²⁴ KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 340. Va tuttavia dato atto della possibilità per il convenuto di rifiutarsi di pagare la propria quota di anticipi sugli onorari degli arbitri e sui costi amministrativi dell'istituzione arbitrale, il che porrebbe l'attore dinnanzi all'alternativa tra pagare gli anticipi per intero e vedere sospeso l'arbitrato o, addirittura, rigettate le proprie domande (queste soluzioni sono previste da molti regolamenti arbitrali, tra cui, l'art. 37(5)-(6) del Regolamento ICC, l'art. 43(4) del Regolamento UNCITRAL 2010 e l'art. 51(5) del Regolamento SCC). Tuttavia, la strategia appena indicata non è percorribile laddove il convenuto intenda avanzare domande riconvenzionali, giacché il mancato pagamento della propria quota di anticipi ne comporterebbe il rigetto (si vedano, per esempio, l'art. 24(4) del Regolamento LCIA e il combinato disposto degli artt. 37(3) e 37(6) del Regolamento ICC, su cui J. FRY, S. GREENBERG, F. MAZZA, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce, 2012, § 3-1369 e § 3-1433). Inoltre, laddove l'attore accetti di pagare la quota degli anticipi spettante al convenuto, alcuni regolamenti arbitrali prevedono espressamente che egli possa ottenere un lodo di condanna per una somma equivalente alla quota non versata dal convenuto (in questo senso, art. 24(5) del Regolamento LCIA, che lascia all'attore la facoltà di scegliere tra un "*order*" e un "*award*", e art. 51(5) del Regolamento SCC, che riconosce la possibilità di ottenere un "*separate award for reimbursement of the payment*"). Sebbene il Regolamento ICC non contenga un'analogha disposizione, non sono mancati casi in cui la parte che aveva corrisposto la totalità degli anticipi ha chiesto e ottenuto un lodo per il rimborso degli anticipi spettanti alla controparte, tuttavia la giurisprudenza ICC sul punto è divisa come fanno notare FRY, GREENBERG, MAZZA, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, cit., § 3-1412 ss. (in argomento, si vedano anche N. KAPLAN, *Non-Payment of Advances on Costs – No Pay, Can Play?*, in *Practising Virtue: Inside International Arbitration* (D. D. CARON, S. W. SCHILL ET AL. ed.), Oxford University Press, 2015, p. 330-346; N. DARWAZEH, S. GREENBERG, *No One's Credit Is As Good As Cash: Awards and Orders for the Payment of the ICC Advance on Costs*, in *J. Intl. Arb.* vol. 31(5), 2014, p. 557-574). Considerata la facilità di circolazione di questi lodi in base alla Convenzione di New York, è evidente il forte disincentivo per la parte convenuta a non versare la propria quota degli anticipi. Un'ipotesi plausibile in cui il convenuto potrebbe astenersi dal versare gli anticipi è quella in cui sia prossimo all'insolvenza e cerchi di dissuadere il più possibile l'attore dal far valere le proprie ragioni nel procedimento arbitrale. Tuttavia, come visto poc'anzi, in tale frangente sarà verosimilmente l'attore stesso ad evitare di instaurare l'arbitrato per via delle ridotte possibilità di vedere soddisfatte le proprie pretese al termine dell'arbitrato, che potrebbe rivelarsi dispendioso ma senza esito effettivo.

dell'attore alle spese dell'arbitrato. Tuttavia, anche la semplice rifusione delle spese sarebbe vanificata se l'attore fosse incapiente ma comunque in grado di finanziare l'arbitrato, si pensi all'esempio di un procedimento arbitrale instaurato da una società controllata con patrimonio pressoché inesistente che sia finanziata dalla controllante o da investitori esterni (*third-party funders*) i quali, non essendo vincolati dalla convenzione d'arbitrato, non sono responsabili per la rifusione delle spese.

È in queste circostanze che la *security for costs* può trovare applicazione proteggendo gli interessi della parte – generalmente il convenuto, ma in alcune circostanze anche l'attore convenuto in riconvenzionale – che corre il rischio di prevalere in arbitrato senza essere in grado di ottenere la rifusione dei costi sostenuti per difendere la propria posizione, risultata peraltro vittoriosa.

Il presente scritto si propone dunque di analizzare la *security for costs* nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale, approfondendo le peculiarità di questo istituto specialmente in relazione agli arbitrati internazionali "italiani"²⁵, dove potrebbero profilarsi problematiche singolari

²⁵ Esula dallo scopo di questo scritto esaminare il concetto di nazionalità dell'arbitrato. Tuttavia, per completezza, si segnala che nell'ordinamento italiano esistono diverse teorie per determinare il carattere interno o estero di un arbitrato. Secondo un primo indirizzo si considerano interni tutti i procedimenti arbitrali in cui, in ragione di uno qualsiasi di criteri individuati dall'art. 816 c.p.c., la sede dell'arbitrato risulti localizzata nel territorio della Repubblica. Per questo orientamento la sede è un requisito necessario e sufficiente per determinare la nazionalità italiana dell'arbitrato (cfr. P. BERNARDINI, *Riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri in Italia*, in *Riv. Arb.* 2010(3), p. 431; F. AULETTA, in *Diritto dell'arbitrato* (G. VERDE ed.), 3° ed., Giappichelli, 2005, p. 545; questa soluzione è stata sposata anche dalla Corte di Cassazione nel celebre caso *De Agostini c. Milloil S.p.a. in liquidazione* (Cass., 18 febbraio 2000, n. 1808, in *Riv. Arb.* 2001(1), p. 61-62)). Secondo altri autori sarebbe invece possibile considerare esteri anche arbitrati aventi sede in Italia purché emerga in modo inequivocabile la volontà delle parti di ancorare l'arbitrato a un altro ordinamento giuridico e a condizione che tale ordinamento consideri interno l'arbitrato nonostante la sede si trovi in Italia (la rilevanza del criterio volontaristico è stata teorizzata prima della riforma del 2006, cfr. A. BRIGUGLIO, *Il lodo rituale italiano all'estero dopo la novella del 1994*, in *Riv. Arb.* 1997(4), p. 701-702; R. LUZZATTO, *Art. 832*, in *Legge 5 gennaio 1994, n. 25* (a cura di G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI), CEDAM, 1995, p. 197-198; e secondo alcuni autori risulta rinvigorita dall'ultima riforma, cfr. P. BIAVATI, *Art. 816*, in *Arbitrato: Titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-840* (F. CARPI ed.), 3° ed., Zanichelli, 2016, p. 1060; M. F. GHIRGA, *Art. 816*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* (S. MENCHINI ed.), CEDAM, 2010, p. 171 ss.). Secondo una terza tesi, dopo la riforma del 2006 la sede non sarebbe più un elemento necessario ma rimarrebbe comunque elemento sufficiente per considerare un arbitrato interno. Ciò in quanto, da un lato, la fissazione della sede in Italia è sufficiente per considerare un arbitrato italiano, mentre, dall'altro, il secondo comma dell'art. 816 c.p.c. permette di considerare italiano anche un arbitrato per cui le parti non hanno stabilito la sede nel territorio della Repubblica, in quanto dispone che, in assenza di determinazione della sede ad opera delle parti, questa coincide con il luogo in cui è stata conclusa la convenzione d'arbitrato (se tale luogo è in Italia) o sia a Roma (se la convenzione d'arbitrato è stata conclusa all'estero) (cfr. SALVANESCHI, *Arbitrato, in Commentario del Codice di Procedura Civile – Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840* (a cura di S. CHIARLONI), Zanichelli, 2014, p. 372 ss.). Da ultimo, una tesi assolutamente minoritaria ritiene che la sede non svolga alcuna funzione nella determinazione della nazionalità dell'arbitrato, essendo questa determinata dalla legge procedurale applicabile al procedimento arbitrale, c.d. "criterio procedurale" (cfr. M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, CEDAM, 2010, p. 199 ss.). Sul punto ritengo che la sede rivesta ancor oggi un ruolo centrale nella determinazione del carattere interno o estero di un arbitrato, relegando i criteri volontaristico e procedurale a un ruolo decisamente secondario. Tuttavia, a mio avviso, la sede non è più un elemento necessario né sufficiente. Il terzo comma dell'art. 810 c.p.c., che vieta al presidente del tribunale di nominare gli arbitri laddove la clausola

in ragione del disposto di cui all'art. 818 c.p.c. che impedisce ai tribunali arbitrali di concedere misure cautelari salvo diversa disposizione di legge.

Il Capitolo II, dopo aver fornito la definizione di *security for costs* e individuato le sue origini storiche, si concentrerà sulla cauzione per le spese disciplinata dall'art. 98 c.p.c., che – prima della dichiarazione di incostituzionalità del 1960 – rappresentava l'istituto del nostro ordinamento più simile alla *security for costs* oggi in auge nell'arbitrato internazionale. Successivamente verranno delineate alcune peculiarità della *security for costs* importanti per comprendere la sua natura e le problematiche ad essa connesse.

Nel Capitolo III si procederà alla qualificazione giuridica della *cautio pro expensis*, operazione prodromica tanto alla determinazione dell'organo giudicante competente a decidere su un'istanza di *security for costs* (su cui si soffermerà il Capitolo IV), quanto all'individuazione dei presupposti per la sua concessione (cui sarà dedicato il Capitolo V). In un primo momento si individueranno i metodi di qualificazione adottati delle corti nazionali chiamate a prestare il proprio supporto in un arbitrato internazionale. Successivamente, l'attenzione verrà spostata sugli arbitri che potranno generalmente scegliere se qualificare una fattispecie secondo le categorie giuridiche dell'ordinamento della sede ovvero ricorrere alla c.d. "qualificazione autonoma". Appurata l'importanza di quest'ultimo approccio (specialmente per gli arbitrati con sede in Italia), si procederà a qualificare autonomamente la *security for costs*, mettendo a confronto le sue finalità e peculiarità con i presupposti e le tipologie delle misure cautelari concedibili nell'arbitrato internazionale, al fine di determinare se – come sostenuto dalla tesi oggi maggioritaria – la *security for costs* possa annoverarsi tra i provvedimenti cautelari.

Il Capitolo IV sarà dedicato ad individuare chi, tra i giudici nazionali e gli arbitri, è competente a decidere su un'istanza di *security for costs*. Al fine di circoscrivere la trattazione verrà dato risalto soprattutto agli arbitrati che si svolgono in Italia, soluzione che richiede un'analisi attenta della

compromissoria preveda "*manifestamente un arbitrato estero*", ammette in via eccezionale l'esistenza di un arbitrato estero nonostante la sede sia nel territorio italiano. Questa previsione, se da un lato non fa altro che ribadire la centralità e generale preminenza del criterio della sede, dall'altro ammette che in ipotesi eccezionali (la norma richiede che l'arbitrato sia "manifestamente" estero) il criterio della sede possa cedere il passo a quello volontaristico o procedurale. Ne discende che la fissazione della sede nel territorio italiano non è sempre sufficiente a determinare il carattere interno di un arbitrato. Al contempo, il secondo comma dell'art. 816 c.p.c. sopra menzionato permette di fissare la sede in Italia anche qualora le parti non vi abbiano provveduto. Ovviamente il secondo comma dell'art. 816 non opera in tutti i casi in cui le parti abbiano omesso (volontariamente o meno) di fissare la sede dell'arbitrato nella clausola compromissoria, ma solo nei casi in cui si sia concluso *a priori* che l'arbitrato, così come delineato dalla convenzione d'arbitrato e in ragione della relazione giuridica intercorrente tra le parti, sia da considerare interno dal punto di vista dell'ordinamento italiano. Questa indagine prescinde dalla sede che, appunto, non è ancora stata fissata. Ciò significa dunque che la sede non è nemmeno un elemento necessario per la determinazione della nazionalità di un arbitrato. In conclusione, sebbene sia generalmente la fissazione della sede a determinare se un arbitrato è "italiano" o meno, ai sensi dell'art. 810(3) c.p.c. un arbitrato potrà essere eccezionalmente considerato estero anche se la sede è fissata in Italia, e in ragione dell'art. 816(2) c.p.c. un arbitrato potrà essere considerato "italiano" anche se privo dell'indicazione della sede. Si deve invece escludere, a mio avviso, che l'attuale impianto normativo permetta di considerare "italiani" arbitrati per cui le parti abbiano fissato la sede all'estero.

natura dell'art. 818 c.p.c. per stabilire la sua eventuale derogabilità nei casi in cui la convenzione d'arbitrato richiami un regolamento arbitrale che prevede il potere per gli arbitri di concedere *security for costs* o, più in generale, di concedere tutela cautelare.

Nel Capitolo V si individueranno i presupposti generalmente considerati dagli arbitri per la concessione di una *cautio pro expensis* e verrà proposto un test adottabile dai tribunali arbitrali per decidere sulle istanze di *security for costs*.

Infine, il Capitolo VI farà luce sul contenuto degli ordini di *security for costs* e sulle modalità di prestazione della garanzia, illustrando le conseguenze di un eventuale inadempimento dell'ordine del tribunale e le modalità di rilascio della *cautio pro expensis* al termine dell'arbitrato.

II. DEFINIZIONE, ORIGINE E PECULIARITÀ DELLA *SECURITY FOR COSTS*

La *security for costs* è una garanzia prestata da una parte per permettere alla controparte di ottenere la rifusione delle spese relative a un procedimento giudiziale in caso di vittoria²⁶.

L'idea di prestare una garanzia per le spese processuali risale al diritto romano. Il diritto giustiniano prevedeva che, al momento dell'istaurazione della lite, l'attore dovesse prestare una *cautio pro expensis* pari ad un decimo del valore della controversia per l'ipotesi in cui risultasse soccombente²⁷. Analoghe forme di garanzia per le spese processuali erano conosciute nel diritto romano anche prima delle novelle giustiniane, come si evince dal sesto paragrafo del *De Actionibus*²⁸. Queste garanzie erano richieste all'attore al momento della *litis contestatio* – non già al momento di instaurazione della lite, come invece previsto in epoca giustiniana – ed erano dovute indipendentemente dalla temerarietà o meno della lite in quanto già verosimilmente legate al principio di soccombenza²⁹.

II.A La cauzione per le spese nel contenzioso ordinario in Italia

Un istituto analogo alla *cautio pro expensis* romana è esistito nell'ordinamento italiano dal 1942 al 1960, data in cui la cauzione per le spese disciplinata dall'art. 98 c.p.c. è stata dichiarata incostituzionale³⁰.

L'art. 98 c.p.c. disponeva che il giudice istruttore potesse imporre all'attore di prestare una cauzione per le spese di lite del convenuto qualora vi fosse un fondato timore circa la sua incapacità di adempiere a una condanna alle spese e a condizione che non fosse ammesso al gratuito patrocinio³¹. La cauzione poteva essere disposta solo su istanza del convenuto che, ai sensi

²⁶ Cfr. *Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 2 J-Z, (D. GREENBERG ed.), 4° ed., Thomson Reuters, 2015, p. 2183: "*Security for costs. An assurance for the payment of the costs of one party to litigation, demanded of the opposing party prior to the conclusion of the claim [...]*".

²⁷ Novella 112, Cap. 2, *prefatio*: "*Ad excludendas autem calumniose moventium intentiones et executorum fraudes et aliud invenit providentia nostra remedium. Sancimus enim omnes iudices, si quando aliquos teneri vel admoneri voluerint, hanc condicionem in suis interlocutionibus adicere, ut non aliter conventionales libelli pulsatis porrigantur aut sportulae executoribus dentur, nisi prius et in libello actor per se aut per tabularios subscripserit et actis intervenientibus fideiussorem idoneum periculo competentis officii praestiterit, confitentem quod et usque ad finem litis permanet et suas intentiones aut per se aut per legitimum procuratorem exercet, et si postea fuerit adprobatus iniuste litem movisse, sumptuum et expensarum nomine decimam partem eius quantitatis quae libello continetur pulsato restituet. Si autem dixerit non valere fideiussorem dare, tunc apud iudicem a quo causa examinanda est sanctis propositis evangelis per sacramentum hoc ipsum adfirmet, et sic iuratoriam cautionem exponat et per eam haec quae superius dicta sunt profiteatur*", sui cui v. H. F. JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge at the University Press, 1952, p. 460.

²⁸ S. SCHIAVO, *Sulle tracce della cautio pro expensis in età pregiustiniana*, in *Inter cives necnon peregrinos: Essays in Honour of Boudewijn Sirks* (J. HALLEBEEK, M. SCHERMAIER ET AL. ed.), V&R Unipress, 2014, p. 669-685.

²⁹ ID., p. 684-685.

³⁰ *Carabba c. Marcellusi*, Corte Costituzionale, 29 novembre 1960, no. 67, in *Foro it.*, 1960, I, p. 1873-1874. Per un'analisi sulle origini della cauzione per le spese nel nostro ordinamento e le reazioni della dottrina (sia quella processualista che quella costituzionalistica) alla dichiarazione di incostituzionalità si veda F. CIPRIANI, *La cauzione per le spese tra codice fascista e Costituzione repubblicana*, in *Quaderni fiorentini* vol. 29, 2000, p. 435-459.

³¹ Nonostante il testo dell'art. 98 c.p.c. fosse chiaro nell'ammettere che solo il convenuto poteva richiedere una

dell'art. 85 delle disposizioni attuative del c.p.c., doveva essere proposta nella prima udienza di trattazione della causa, salvo la possibilità di una proposizione tardiva nei casi in cui l'istanza fosse fondata su fatti sopravvenuti o non conosciuti al tempo della prima udienza. Ai sensi del secondo comma dell'art. 98 c.p.c., la mancata prestazione della cauzione comportava l'estinzione del processo.

L'istituto in esame è stato dichiarato incostituzionale dalla Consulta con sentenza no. 67 del 1960 in quanto ritenuto in violazione degli artt. 3 e 24 della Carta Costituzionale.

Il giudizio di legittimità da cui è scaturita questa pronuncia era stato promosso in un procedimento per la restituzione degli onorari pagati a un arbitro che è stato convenuto dinnanzi al Tribunale di Chieti da una delle parti nel giudizio arbitrale in quanto il lodo da egli emesso era stato dichiarato inesistente dalla Corte di Cassazione. A fronte della richiesta dell'arbitro-convenuto di prestare una cauzione per le spese ex art. 98 c.p.c. l'attore aveva sollevato un incidente di legittimità costituzionale sostenendo che l'art. 98 c.p.c. rappresentasse un ostacolo all'accesso alla giustizia. L'attore lamentava che, per decidere su un'istanza di cauzione per le spese, il giudice istruttore dovesse limitarsi a constatare l'esistenza dei due presupposti sopra indicati – fondato timore dell'incapacità di adempiere alla condanna alle spese dell'attore e sua mancata ammissione al gratuito patrocinio – senza che vi fosse un'istruttoria o la possibilità di proporre reclamo³².

La difesa dell'arbitro-convenuto sosteneva invece che l'art. 98 c.p.c. non costituisse un ostacolo al diritto di agire o al diritto di difendersi in giudizio in quanto l'istituto aveva carattere puramente processuale e cautelare, non determinando in quanto tale la perdita dell'azione ma semplicemente l'estinzione del processo. In aggiunta, il convenuto argomentava (tesi sposata anche dall'Avvocatura dello Stato che era intervenuta nel giudizio di legittimità) che esistono diversi oneri finanziari nel nostro ordinamento il cui adempimento è presupposto necessario per agire in giudizio.

Nel decidere la questione, la Corte Costituzionale ha affermato che il combinato disposto degli artt. 3 e 24 della Costituzione sancisce il diritto di agire e di difendersi in giudizio di tutti i consociati, *"indipendentemente da ogni differenza di condizioni personali e sociali"*. L'art. 98 c.p.c. contrastava con questi principi poiché riconduceva espressamente l'istituto della cauzione per le spese alle condizioni economiche dell'attore. Inoltre, secondo la Corte, il contrasto tra le norme in oggetto non era escluso dal fatto che la cauzione per le spese non fosse dovuta dall'attore ammesso al gratuito patrocinio, sia perché a tale beneficio potevano avere accesso solo coloro che versavano in stato di povertà, sia perché la concessione del gratuito patrocinio avveniva spesso tardivamente.

In conclusione, la Consulta ha considerato che l'art. 98 c.p.c. *"provoca[va] conseguenza di eccezionale gravità rispetto all'esercizio di diritti che l'art. 24 della Costituzione proclama inviolabili"* non solo perché prevedeva l'estinzione del processo in caso di mancata prestazione della cauzione,

cauzione per le proprie spese processuali, non sono mancate pronunce in cui la cauzione fu disposta nei confronti del convenuto attore in riconvenzionale (cfr. Tribunale di Roma, 18 marzo 1955, in *Giust. Civ.*, 1955, I, p. 1223).

³² *Carabba c. Marcellusi*, Tribunale di Chieti, 24 giugno 1959, in *Giur. Cost.*, 1959, p. 1247.

senza peraltro che vi fosse alcun meccanismo di reclamo³³, ma anche in quanto era considerato applicabile ai procedimenti di appello e ai procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo dalla giurisprudenza costante³⁴.

A sostegno di questa conclusione la Corte ha aggiunto che la cauzione per le spese si differenziava dagli altri oneri finanziari imposti dalla legge per la costituzione del rapporto processuale. Invero, mentre questi oneri vengono imposti a tutela di interessi pubblici individuati dal legislatore, l'art. 98 c.p.c. serviva a tutelare gli interessi del convenuto a vedere soddisfatta la sua pretesa alla rifusione delle spese. Inoltre, gli oneri finanziari asseritamente equiparabili alla cauzione per le spese si basano su criteri oggettivi e presuppongono un provvedimento giurisdizionale o amministrativo reclamabile, mentre la cauzione ex art. 98 c.p.c. richiedeva al giudice istruttore di considerare alcune condizioni soggettive dell'attore – quali la condizione economica – che l'art. 3 della Carta Costituzionale impone invece di ritenere irrilevanti al fine dell'attivazione della tutela giuridica dei propri interessi.

Nonostante sia stata dichiarata incostituzionale, la cauzione per le spese di cui all'art. 98 c.p.c. è l'istituto del nostro ordinamento che più assomiglia alla *security for costs* in auge oggi giorno nell'arbitrato internazionale. Pertanto, i ragionamenti della Corte Costituzionale appena illustrati, nonché la dichiarazione di incostituzionalità in quanto tale, rappresentano un importante strumento per valutare la natura e l'ammissibilità della *security for costs* negli arbitrati internazionali che si svolgono in Italia.

II.B Cenni sulle peculiarità della *security for costs*

Detto della cauzione per le spese nel contenzioso ordinario italiano, al fine di agevolare la trattazione della *security for costs* nell'arbitrato internazionale è utile, a mio avviso, delineare preliminarmente alcune caratteristiche peculiari di questo istituto.

In primo luogo giova premettere che, come avveniva nel diritto romano e nel nostro ordinamento fino al 1960, anche oggi nell'arbitrato internazionale è l'attore che viene solitamente chiamato a prestare una *security for costs* quando si teme che non sia in grado di adempiere all'eventuale condanna alle spese.

Le ragioni di ciò sono molteplici. Innanzitutto, come illustrato in precedenza, difficilmente un attore darà inizio a un arbitrato se ritiene che la controparte non adempirà a un'eventuale condanna alle spese; viceversa, un attore incapiente avrà maggiori incentivi ad instaurare una controversia nonostante abbia limitate probabilità di successo³⁵. Inoltre, qualora l'attore decida di

³³ Nel silenzio del codice, la giurisprudenza negò fermamente la possibilità per il collegio di sindacare la discrezionalità del giudice istruttore (cfr. i casi citati in A. GUALANDI, *Spese giudiziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1666).

³⁴ Cfr. CIPRIANI, *La cauzione per le spese tra codice fascista e Costituzione repubblicana*, cit., p. 445 che tra le applicazioni estensive – e per certi versi poco ortodosse – dell'art. 98 c.p.c. annovera anche l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento.

³⁵ In proposito, si veda N. RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial*

dare impulso al procedimento arbitrale nonostante l'insolvenza del convenuto, avrà scientemente o negligenzemente assunto il rischio di non ottenere la rifusione delle spese; per contro, la parte convenuta da un attore incapiente potrà solo scegliere tra il rimanere contumace – con elevato rischio di soccombenza – e costituirsi ma con il rischio di non recuperare i propri costi di difesa. Infine, siccome le sanzioni per la mancata prestazione della *security for costs* sono – lo si vedrà in seguito – la sospensione o l'estinzione dell'arbitrato, ben poco interesse avrebbe il convenuto a prestare una garanzia per le spese dell'attore a meno che non abbia formulato domande riconvenzionali.

Proprio in quest'ultimo scenario si potrebbe profilare l'ipotesi, meno frequente nella pratica, in cui sia l'attore ad avere interesse ad ottenere una *cautio pro expensis*³⁶. Il classico esempio è quello in cui l'attore comincia un arbitrato nei confronti di un convenuto incapiente il quale, a sua volta, propone una domanda riconvenzionale.

Se è relativamente semplice determinare la parte interessata a presentare un'istanza di *security for costs*, lo stesso non può dirsi per l'identificazione dell'organo competente a decidere sulla medesima istanza. A questo compito verrà dedicato il Capitolo IV. Per ora è sufficiente premettere che spesso nell'arbitrato internazionale i giudici della sede e gli arbitri godono di competenza concorrente sul punto³⁷. In passato, molti ordinamenti negavano agli arbitri la possibilità di concedere tali misure e la tendenza più diffusa era pertanto quella di adire le corti statali al fine di ottenere una pronuncia che obbligasse, da un lato, la controparte a prestare una garanzia per le spese processuali, dall'altro, il tribunale arbitrale a sospendere il procedimento fino alla prestazione della garanzia. La prassi invalsa più di recente, invece, è quella di presentare il ricorso direttamente ai tribunali arbitrali. Questo cambiamento, di cui è emblema l'evoluzione della normativa inglese³⁸,

arbitration, in *Am. Rev. Intl. Arb.* vol. 11, 2000, p. 313, il quale sostiene che spetti solitamente all'attore prestare garanzia per le spese processuali anche perché, in un lodo ad egli favorevole, la condanna alle spese costituisce di norma una frazione relativamente ridotta dell'intero ammontare della condanna; diversamente, in un lodo favorevole al convenuto le spese potrebbero costituire la totalità della condanna (se il convenuto non ha proposto domande riconvenzionali).

³⁶ Cfr. RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 340; W. MILES, D. SPELLER, *Security for costs in international arbitration – emerging consensus or continuing difference?*, in *Eu. Arb. Rev.*, 2007, p. 32. In giurisprudenza è stata accolta la richiesta di *security for costs* avanzata dall'attore nell'arbitrato ICC no. 14661, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 74-75; in senso contrario, sebbene con una motivazione poco articolata e altrettanto poco convincente, si veda l'arbitrato ICC no. 11405, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 17(2), 2006, p. 96, § 26-27.

³⁷ Cfr. O. SANDROCK, *The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or The Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant*, in *J. Intl. Arb.* vol. 14(2), 1997, p. 22: “[...] in arbitral proceedings, two judicial bodies might eventually be vested with the power to order the establishment of such a security: either the arbitral tribunals itself, or the State court which, in case of need, would be authorized to assist the arbitral tribunals in the conduct of its proceedings”.

³⁸ In Inghilterra l'*Arbitration Act* del 1934 attribuiva ai giudici nazionali la competenza esclusiva a concedere *security for costs*, principio ribadito anche dalla sezione 12(6)(a) dell'*Arbitration Act* del 1950. Ciononostante le corti inglesi ammettevano che la competenza spettasse agli arbitri quando ciò fosse stato espressamente previsto dalle parti nella convenzione d'arbitrato (cfr. *Unione Stearinerie Lanza and Weiner, In Re An Arbitration Between*

si deve alla diffusa tendenza a classificare la *cautio pro expensis* tra le misure cautelari e all'evoluzione delle legislazioni nazionali sull'arbitrato e dei regolamenti arbitrali che nella maggior parte dei casi attribuiscono poteri cautelari direttamente agli arbitri³⁹. Poiché, tuttavia, è raro che la tutela cautelare sia delegata esclusivamente ai tribunali arbitrali, non si può escludere che anche oggi, in determinate circostanze, la domanda di *security for costs* sia proposta ai giudici dell'ordinamento della sede⁴⁰. Come illustrato nel Capitolo IV, questa scelta è influenzata da diversi fattori, tra cui la qualificazione della *security for costs*, la disciplina contenuta nella *lex arbitri* ed eventualmente il regolamento d'arbitrato applicabile. Se, per esempio, la *lex arbitri* attribuisce competenza esclusiva in materia agli arbitri, come avviene nel diritto inglese, l'istanza dovrà essere presentata necessariamente agli arbitri. Diversamente, qualora si qualificasse la *security for costs* come una misura cautelare⁴¹ e la *lex arbitri* negasse ai tribunali arbitrali con sede nel proprio territorio i poteri cautelari – come avviene in Italia –, la parte istante potrebbe preferire o addirittura essere obbligata a rivolgersi alle corti statali.

Un altro aspetto della *security for costs* che merita di essere quantomeno accennato a questo punto della trattazione è la delicata operazione di bilanciamento degli interessi delle parti cui è chiamato l'organo giudicante, sia esso un giudice statale o un tribunale arbitrale, ogniqualvolta gli venga sottoposta un'istanza di *cautio pro expensis*.

Benché a prima vista la *security for costs* appaia come un innocuo strumento processuale volto a garantire l'adempimento di un'eventuale condanna alle spese e, dunque, lo svolgimento di un procedimento arbitrale più "equo", essa può trasformarsi in una potente – e a tratti pericolosa – arma processuale. Invero, laddove un'istanza di *security for costs* venisse accolta, la mancata prestazione della garanzia comporterebbe a seconda dei casi la sospensione dell'arbitrato, la sua estinzione, o, addirittura, il rigetto delle domande presentate dalla parte inadempiente. È facile dunque intuire che la *security for costs* presenta due sfaccettature: da un lato, si tratta di misura volta a tutelare la posizione del convenuto (o dell'attore convenuto in riconvenzionale) rendendo effettivo il principio della soccombenza e dissuadendo azioni temerarie o comunque di improbabile successo, in ossequio al principio dell'economia processuale; d'altro lato, la medesima misura potrebbe privare la parte tenuta alla prestazione della garanzia di un'azione potenzialmente

[1917] 2 K.B. 558 e *Mavani v. Ralli Brothers Ltd.* [1973] 1 W.L.R. 468). Oggi, la sezione 38(3) dell'*Arbitration Act* del 1996 attribuisce il potere di ordinare *security for costs* durante un procedimento arbitrale esclusivamente agli arbitri, relegando il potere delle corti inglesi in materia di *security for costs* ai procedimenti di appello dei lodi (sezione 70(6)).

³⁹ In proposito si veda *infra* la Sezione III.B.2.

⁴⁰ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2457:

“Although most contemporary national laws recognize the power of international arbitral tribunals to order provisional relief, this authority is generally not exclusive. Rather, absent contrary agreement, virtually all arbitration regimes contemplate concurrent authority of the arbitral tribunal and national courts to order provisional relief. That is, a request for provisional measures in connection with a dispute which is subject to international arbitration may generally be directed to a national court, as well as to an arbitral tribunal”.

⁴¹ Per la discussione sulla qualificazione della *security for costs* si rimanda al Capitolo III *infra*.

meritevole di tutela a causa della mera mancanza di risorse economiche sufficienti a finanziare la controversia⁴². È questo il principale motivo per cui i tribunali arbitrali internazionali, specialmente se composti da giuristi provenienti da ordinamenti in cui il contenzioso nazionale non conosce la *security for costs*, si sono spesso mostrati restii a concedere questa misura⁴³.

Proprio in ragione delle significative conseguenze che possono derivare dalla concessione di una *security for costs* l'organo giudicante chiamato a pronunciarsi si trova nella delicata situazione di dover bilanciare due interessi contrastanti ma, al contempo, fondamentali: l'interesse dell'attore di avere accesso alla giustizia arbitrale per poter far valere le proprie pretese nei confronti della controparte anche quando non possa garantire la propria capacità di soddisfare un'eventuale condanna al pagamento dei costi dell'arbitrato, e l'interesse altrettanto legittimo del convenuto ad ottenere una rifusione delle spese in caso di vittoria⁴⁴.

Da ultimo, prima di addentrarci nell'analisi delle problematiche presentate dal tema in esame, giova sottolineare che è implicito nella definizione e nelle caratteristiche salienti della *security for costs* appena illustrate il suo stretto legame con il principio della soccombenza, che costituisce un presupposto necessario – ma non sufficiente – per la concessione di tale misura. Infatti, l'imposizione in capo ad una delle parti dell'obbligo di prestare una garanzia a tutela delle spese sostenute dalla controparte nel procedimento arbitrale si giustifica solo se la parte vittoriosa potrà, almeno in potenza, recuperare i costi sostenuti per difendere la propria posizione in arbitrato⁴⁵.

⁴² In questo senso, MILES, SPELLER, *Security for costs in international arbitration – emerging consensus or continuing difference?*, cit., p. 32.

⁴³ Sul punto, W. GU, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, in *J. Intl. Arb.* vol. 22(3), 2005, p. 185; M. SCHERER, L. M. RICHMAN, R. GERBAY, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules – A User's Guide*, Kluwer Law International, 2015, p. 270. In giurisprudenza, si veda arbitrato ICC no. 14355, ordinanza processuale del gennaio 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 70-72 che ha negato una richiesta di *security for costs* sostenendo, *inter alia*, che potesse rivelarsi un ostacolo all'accesso alla giustizia arbitrale di un attore in difficoltà economiche: “*Even if one were not to follow this general reasoning, one would have to bear in mind that the granting of security for costs against a party which is in financial difficulties might amount to an undue barrier to justice*”.

⁴⁴ Sul punto, in dottrina, BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 5.35. In giurisprudenza, si vedano arbitrato ZCC no. 415, ordinanza processuale no. 4 del 20 novembre 2001, in *ASA Bulletin* vol. 20(3), p. 467-472, § 16; arbitrato ICC no. 12035, ordinanza processuale del 6 giugno 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 28 ss., § 50; arbitrato SIAC no. 076/2006, citato in A. HENDERSON, *Security for Costs in Arbitration in Singapore*, in *Asian Intl. Arb. J.* vol. 7(1), 2011, p. 74 (“*the crux of the matter is to balance the Claimant's right of access to arbitration versus the respondent's justified need for security in relation to risks it had not assumed*”). Si vedano, inoltre, le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 1*, § b.

⁴⁵ MILES, SPELLER, *Security for costs in international arbitration – emerging consensus or continuing difference?*, cit., p. 32 (“*Clearly, security for costs is only appropriate where the principle of cost-shifting applies to the proceedings*”); REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 403 (“*The concept of cost shifting is therefore a key issue in any discussion of security for costs*”). Questo principio emerge chiaramente anche dall'arbitrato ICC no. 11405, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 17(2), 2006, p. 96, § 28: “*In this case, the relief requested by the Claimants could possibly be considered if it would appear likely that it should be decided at the end of the proceedings that [Respondent] should bear the legal costs incurred by the Claimants*”.

III. QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA *SECURITY FOR COSTS*

Di fronte a un'istanza di *security for costs* l'organo giudicante, sia esso un giudice statale o un collegio arbitrale, dovrà porsi essenzialmente due interrogativi: (i) se ha o meno il potere di conoscere l'istanza presentata e conseguentemente di imporre ad una delle parti di prestare una garanzia per le spese processuali sostenute dalla parte istante (su cui il Capitolo IV *infra*); e (ii) in caso di risposta affermativa al primo quesito, quali sono le modalità di esercizio di tale potere (su cui i Capitoli V e VI *infra*).

Come si vedrà nei Capitoli successivi, poiché l'arbitrato "internazionale" presenta per definizione collegamenti con una pluralità di ordinamenti, per trovare una risposta ad ambo i suddetti quesiti sarà necessario individuare preliminarmente una legge applicabile, mediante un'operazione tipica del diritto internazionale privato.

Prima di fare ciò, tuttavia, è richiesta un'altra indagine di carattere ulteriormente preliminare cui è dedicato il presente Capitolo: qualificare giuridicamente la *security for costs*. L'importanza di determinare con esattezza la natura della *security for costs* emerge chiaramente dall'analisi della giurisprudenza arbitrale che evidenzia una diffusa tendenza a classificare la *security for costs* tra i provvedimenti cautelari, ma anche la presenza di pronunce che hanno negato la natura cautelare della *cautio pro expensis*, ascrivendola alle misure procedurali *lato sensu*.

III.A La qualificazione nell'arbitrato internazionale: profili generali

Qualificare una fattispecie significa determinare le categorie giuridiche ad essa applicabili⁴⁶. Questa operazione è ritenuta "fondamentale" dagli studiosi del diritto internazionale privato⁴⁷, in quanto da essa dipende l'interpretazione delle norme di conflitto e, di conseguenza, la determinazione delle regole applicabili tanto alla giurisdizione quanto al merito di una data controversia.

Nonostante il ruolo centrale rivestito dalla qualificazione nel diritto internazionale privato, questo esercizio è richiesto pressoché in ogni situazione giuridica, ivi incluse le situazioni puramente domestiche⁴⁸. Ad esempio, per determinare se un bene è mobile o immobile, l'interprete è chiamato ad effettuare una qualificazione. Lo stesso avviene per stabilire se il diritto vantato su una cosa è un diritto reale o un diritto di credito, per individuare se un'obbligazione è contrattuale o extracontrattuale o, ancora, nel campo delle obbligazioni contrattuali, per stabilire se un contratto appartiene a una delle tipologie tipiche disciplinate dal legislatore.

In una fattispecie "domestica", dove tutti gli elementi di contatto rinviano ad un solo ordinamento, non vi è dubbio che l'operazione di qualificazione debba essere eseguita secondo le categorie giuridiche di quella legislazione. Maggiori complessità si profilano invece nei rapporti

⁴⁶ Dicey, *Morris and Collins on The Conflict of Laws* (L. COLLINS ed.), 15° ed., Sweet & Maxwell, 2016, § 2-003.

⁴⁷ ID., § 2-002.

⁴⁸ G. KAUFMANN-KOHLER, *La Qualification en Arbitrage Commercial International*, in *Droit International Prive Années 2010-2012*, Editions A. Pedone, 2013, p. 299.

giuridici transnazionali che presentano punti di contatto con più ordinamenti. In questi casi, infatti, non necessariamente tutti gli ordinamenti interessati classificano alla stessa stregua la medesima fattispecie e non è scontato che le categorie giuridiche cui si debba rifare l'interprete siano quelle dell'ordinamento del foro. Ciò vale, a maggior ragione, nell'arbitrato "internazionale"⁴⁹ in cui non vi è un vero e proprio "foro" equiparabile a quello dei giudici nazionale⁵⁰. Ne discende pertanto che nei rapporti giuridici transnazionali è necessario determinare *ex ante* la legge sulla base della quale

⁴⁹ Per una definizione del carattere internazionale dell'arbitrato si vedano A. VIGORITI, *Arbitrato Internazionale. Problemi Pratici*, in *Riv. Arb.* 2013(4), p. 901-903; LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., § 4-27 ss.; P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. GAILLARD, J. SAVAGE ed.), Kluwer Law International, 1999, § 78 ss. Al fine di semplificare la trattazione, in questo scritto si considerano "internazionali" gli arbitrati definiti come tali dall'art. 1(3) della Legge Modello UNCITRAL, vale a dire gli arbitrati in cui: (i) le parti hanno la propria sede legale (o residenza, nel caso delle persone fisiche) in Paesi diversi; oppure, (ii) la parti hanno stabilito la sede dell'arbitrato in uno Stato diverso dal luogo in cui hanno la sede legale (indipendentemente dal fatto che le parti abbiano sede legale nel medesimo ordinamento); oppure (iii) il luogo con cui la controversia ha il collegamento più stretto o il luogo in cui una porzione sostanziale delle obbligazioni delle parti deve essere eseguita si trova in uno Stato diverso dal luogo in cui le parti hanno sede legale (indipendentemente dal fatto che le parti abbiano sede legale nel medesimo ordinamento), oppure, ancora, (iv) le parti espressamente convengono nella convenzione d'arbitrato che la propria relazione commerciale interessa più ordinamenti.

⁵⁰ In proposito si vedano, *ex multis*, G. PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, 2004, § 1.05: "an international arbitral tribunal does not, conceptually or practically, have the equivalent of a *lex fori* in the generally understood sense of the term" e § 1.19 "the concept of the *lex fori* cannot be simply applied to international arbitration"; B. G. POZNANSKI, *The Nature and Extent of an Arbitrator's Powers in International Commercial Arbitration*, in *J. Intl. Arb.* vol. 4(3), 1987, p. 73: "By reason of the private and contractual origin of an arbitrator's powers, the arbitrator theoretically has no forum. As a result, a purely international arbitration would take place outside the judicial framework of national laws and procedures. An arbitrator would not be subject to a body of governing laws of substance or rules of procedure simply because he is seized with a dispute. On the other hand, a judge, even when hearing a case with international attributes, remains clothed with his country's judicial authority. The judge is obliged to apply the rules of procedure and either the substantive laws of his jurisdiction, or the choice of law provisions which are supplied to him"; V. HEISKANEN, *And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration*, in *Arb. Intl.* vol. 26(4), 2010, p. 449. In giurisprudenza, cfr. arbitrato ICC no. 2321, lodo non definitivo del 1974, in *Y.C.A.* vol. I, 1976, p. 134: "As arbitrator I am myself no representative or organ of any State. My authority as arbitrator rests upon an agreement between the parties to the dispute and by my activities I do not, as State judges or other State representatives do, engage the responsibility of the State of Sweden. Furthermore, the courts and other authorities of Sweden can in no way interfere with my activities as arbitrator, neither direct me to do anything which I think I should not do nor to direct me to abstain from doing anything which I think I should do". Il ridimensionamento del ruolo della sede nell'arbitrato internazionale ha condotto parte della dottrina (soprattutto francese) a teorizzare l'esistenza del c.d. "floating arbitration", cfr. FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. GAILLARD, J. SAVAGE ed.), cit., § 1181 ("The changing position in national legislation is often summarized as being that, unlike a national court, the arbitrator 'has no forum.' It would be, however, equally true to state that the forum of an international arbitrator consists of all legal systems willing, under certain conditions, to recognize an award made by that arbitrator"). Questa teoria è stata oggi abbandonata, tant'è che si segnala, per certi versi, una rivalutazione del ruolo della sede (cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 1537-1538: "It is, of course, true that an international arbitral tribunal is fundamentally different from a national court and that international arbitral proceedings are fundamentally different from local judicial proceedings. Nonetheless, [...] the arbitration legislation of the arbitral seat provides a mandatory, essentially territorial legal framework for international arbitral proceedings which plays a role broadly comparable to that of a *lex fori*. That legal framework is of considerable, and continuing, importance to the international arbitration process").

qualificare la fattispecie giuridica⁵¹.

III.A.1 La qualificazione nel diritto internazionale privato e nell'arbitrato internazionale dal punto di vista delle corti statali

Prima di affrontare le problematiche relative alla qualificazione nell'arbitrato internazionale giova analizzare le peculiarità della qualificazione nel diritto internazionale privato.

Quando una controversia con elementi di transnazionalità viene istaurata dinnanzi a un giudice nazionale sono essenzialmente tre le possibili vie percorribili per effettuare la qualificazione. In primo luogo, il giudice potrà qualificare la fattispecie secondo il proprio diritto, ossia la *lex fori*. In secondo luogo, la qualificazione potrà avvenire sulla base della legge applicabile al merito della controversia, la *lex causae*. Infine, il giudice nazionale potrebbe effettuare una "qualificazione autonoma", adottando un criterio comparatistico.

Sebbene nessuna di queste soluzioni sia unanimemente riconosciuta come ottimale, la tendenza prevalente è ad effettuare la qualificazione sulla base della *lex fori*⁵². Invero, si fa giustamente notare che, finché non viene individuata sulla base delle norme di conflitto del foro, la *lex causae* non ha alcun titolo per trovare applicazione e dunque sarebbe illogico svolgere un'operazione preliminare quale la qualificazione sulla base di tale legge⁵³. Anche la qualificazione autonoma è stata criticata in quanto non fornirebbe una soluzione nei casi in cui gli ordinamenti considerati ai fini della comparazione divergano⁵⁴ e laddove alcuni di essi ignorino la fattispecie sottoposta all'attenzione del giudice⁵⁵. Inoltre, si argomenta che il metodo comparatistico è generalmente estraneo alla volontà del legislatore⁵⁶ ed è difficile pensare che i giudici possano effettuare valutazioni comparatistiche su larga scala ogniqualvolta si ponga un problema di qualificazione⁵⁷.

⁵¹ KAUFMANN-KOHLER, *La Qualification en Arbitrage Commercial International*, cit., p. 300.

⁵² Delle critiche vengono mosse anche alla teoria della *lex fori* poiché si troverebbe in difficoltà a qualificare istituti conosciuti in alcuni ordinamenti stranieri ma privi di corrispettivo nell'ordinamento del foro (cfr. C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi, 2006, p. 61).

⁵³ Id., p. 300. Si veda, inoltre, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. I, 7° ed., UTET, 2015, p. 214: "Non può trovare accoglimento la tesi [...] secondo la quale la qualificazione dovrebbe essere operata alla luce dell'ordinamento competente a regolare la fattispecie (qualificazione sulla base della *lex causae*): a individuare tale ordinamento – ossia la *lex causae* – si giunge infatti applicando la norma di conflitto, sicché appare come una evidente inversione logica immaginare che ci si possa servire delle categorie giuridiche e dei canoni ermeneutici propri dell'ordinamento straniero richiamato per individuare quella tra le norme di conflitto del foro che deve operare il richiamo".

⁵⁴ KAUFMANN-KOHLER, *La Qualification en Arbitrage Commercial International*, cit., p. 300: "la qualification autonome suppose un démarche comparatiste. Elle jouit de peu de faveur parce qu'elle n'apporte pas de solution lorsque les droits en présence divergent".

⁵⁵ MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. I, cit., p. 214-215.

⁵⁶ In proposito FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., p. 62.

⁵⁷ Cfr. M. BOGADAN, *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 177, il quale sottolinea anche che "It can also be argued that a compulsory comparative characterization method would build a watertight wall between the concepts in the substantive and conflict rules, which would be undesirable in view of the close connection between the two and the common legislative aims they normally pursue in the country of the forum".

L'applicazione della *lex fori* nelle operazioni di qualificazioni è dunque preferita dalla maggior parte dei giudici nazionali, inclusi quelli italiani⁵⁸. Ciò avviene soprattutto in quanto le corti statali individuano il giudice avente potere giurisdizionale sulla controversia, nonché la legge applicabile al merito, utilizzando come punto di partenza le norme di conflitto del foro e siccome tali norme sono dettate da ciascun legislatore in considerazione delle proprie categorie giuridiche è giusto che sulla base di esse siano anche interpretate.

Per risolvere eventuali discrasie tra la *lex fori* e l'ordinamento richiamato dalle sue norme di conflitto si ricorre alla c.d. "doppia qualificazione"⁵⁹, che consiste nell'effettuare una prima qualificazione sulla base delle categorie giuridiche della *lex fori*, sì da individuare la norma di conflitto applicabile nel caso concreto, e una seconda sulla base delle categorie giuridiche dell'ordinamento straniero richiamato dalle norme di conflitto⁶⁰. In tal modo si evita di imporre le categorie giuridiche proprie della *lex fori* all'ordinamento estero richiamato. Inoltre, così facendo, il giudice applicherà il diritto straniero (sia il diritto internazionale privato che quello sostanziale) alla stregua di quanto farebbe un giudice di tale ordinamento⁶¹.

L'approccio appena illustrato, che predilige la qualificazione sulla base della *lex fori*, troverà applicazione anche nei casi in cui la richiesta di *security for costs* sia presentata in pendenza di un arbitrato internazionale ai giudici nazionali, generalmente ai giudici della sede. È infatti difficile immaginare che una corte statale chiamata a prestare il suo supporto alla procedura arbitrale lo faccia qualificando la fattispecie alla luce di un diritto straniero o rifacendosi alla qualificazione autonoma, sebbene quest'ultima soluzione sia per certi versi più adeguata al contesto arbitrale come si vedrà a breve. Un'ulteriore variabile è rappresentata dal regolamento d'arbitrato scelto

⁵⁸ Si veda sul punto FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., p. 60 nonché la giurisprudenza citata in A. COACCIOLI, *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. I, Giuffrè, 2011, p. 80, n. 16.

⁵⁹ Cfr. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., p. 60-61.

⁶⁰ Cfr. KAUFMANN-KOHLER, *La Qualification en Arbitrage Commercial International*, cit., p. 300: "*En cas de conflit de qualifications – à savoir si le droit ainsi désigné adopte une qualification différente de celle de la loi de la qualification – on aura recours à la réglementation du concept en cause où la qu'elle soit rangée dans le droit applicable, c'est-à-dire en faisant abstraction de la classification interne. Par exemple, si la loi désignée considère que l'intérêt pour agir est une question de procédure, alors que la loi de la qualification la tient pour substantielle, on appliquera la disposition de procédure du droit désigné par la règle de conflit applicable aux questions matérielles*"; e BOGADAN, *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, cit., p. 194-195: "*It must be stressed that after the process of characterization has been carried out and it has been established that the issue under scrutiny is to be classified as belonging to the field of, say, tort law, then the substantive rules of the legal system governing the tort pursuant to the conflict rule of the forum should apply regardless of whether they are, in that legal system, considered to belong to tort law, inheritance law or some other field of law. [...] The legal question to be answered by the applicable foreign legal system should thus be governed by that system in toto, regardless of the classification prevailing in its own country*".

⁶¹ Questo obbiettivo è perseguito dalla legge di diritto internazionale privato di diversi ordinamenti. Si vedano, ad esempio, l'art. 15 della nostra l. 218 del 31 maggio 1995 e l'art. 13 della LDIP. Sul punto, si veda anche BOGADAN, *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, cit., p. 199: "*The applicable foreign law must to the largest possible extent be interpreted loyally in accordance with how it is interpreted in its own country. To the extent the forum accepts renvoi, the foreign conflict rules, too, should be interpreted in accordance with the meaning they are given in their own country*".

dalle parti che potrebbe contenere delle indicazioni circa la classificazione della *security for costs*, ma anche in questo caso mi pare improbabile che i giudici nazionali permettano a tali regole di condizionare la qualificazione effettuata sulla base della *lex fori*.

III.A.2 La qualificazione nell'arbitrato internazionale dal punto di vista degli arbitri

Le operazioni di qualificazione svolte dai tribunali arbitrali presentano maggiori complessità rispetto a quelle poc'anzi illustrate. Come ricordato in precedenza, infatti, gli arbitri non hanno un vero e proprio "foro", il che implica che non hanno delle norme di conflitto che dovranno necessariamente applicare come punto di partenza nella propria analisi e che per essi la distinzione tra diritto domestico e diritto straniero è più sfumata di quanto non sia per un giudice nazionale chiamato a decidere sulla medesima controversia⁶².

Gli arbitrati internazionali possono presentare a seconda del caso elementi di collegamento con solo due ovvero con una molteplicità di ordinamenti, ciò significa – come alcuni sottolineano – che alcuni arbitrati internazionali sono più "internazionali" o "transnazionali" di altri⁶³. Tra gli arbitrati "meno transnazionali" si possono annoverare quelli in cui l'unico elemento di estraneità rispetto a un ordinamento è dato dalla residenza di una delle parti o dalla sede. All'estremo opposto, invece, vi sono casi in cui l'arbitrato non presenta più di un elemento di collegamento con ciascun ordinamento, si pensi, per esempio, a un arbitrato instaurato da una società con sede in Italia nei confronti di una società avente sede in Lussemburgo relativo ad un contratto di sub-appalto per la realizzazione di un'infrastruttura in Tunisia regolato dalla legge inglese e contenente una clausola compromissoria indicante Parigi come sede dell'arbitrato. Si aggiunga inoltre che il contratto è stato concluso in Svizzera e che i tre arbitri nominati dalle parti abbiano nazionalità olandese, colombiana e statunitense. In questo esempio si possono individuare elementi di contatto più o meno forti e rilevanti con molteplici ordinamenti il che renderà indubbiamente complessa l'individuazione della legge sulla base della quale effettuare le diverse operazioni di qualificazioni richieste.

Tra gli elementi di collegamenti più rilevanti vi sono la sede dell'arbitrato e la legge applicabile al merito della controversia. Parzialmente rilevanti potrebbero essere anche i luoghi in cui hanno sede (o risiedono) le parti, nonché i luoghi di conclusione ed esecuzione del contratto oggetto della controversia. Un'importanza nettamente inferiore spetterà invece agli altri eventuali elementi di collegamento presentati dalla fattispecie. A queste fonti si aggiungono, secondo alcuni, anche

⁶² HEISKANEN, *And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration*, cit., p. 449-450:

"An international arbitral tribunal has not been established to resolve disputes in any particular territorially defined jurisdiction, or in any particular 'place', and this applies to the seat of arbitration. It may be said that an international arbitral tribunal is substantially 'delocalised' in the sense that, even if it has a seat in a particular jurisdiction, the fact that the seat is located in one jurisdiction rather than another is often largely fortuitous, and at best a matter of convenience or practicality, rather than an indication of the territorial scope of the arbitral tribunal's jurisdiction. [...] Indeed, it may be said that the relevant laws, including the law of the seat (*lex arbitri*), are all equally 'foreign', or equally 'domestic', from the perspective of the arbitral tribunal".

⁶³ ID., p. 454.

l'ordine pubblico internazionale di alcuni degli ordinamenti appena individuati, nonché – a seconda della transnazionalità del caso – l'ordine pubblico transnazionale, il diritto internazionale pubblico e regole non statali quali la *lex mercatoria* e i Principi UNIDROIT per i Contratti Commerciali Internazionali⁶⁴. Un'ultima variabile, infine, potrebbe essere rappresentata dalle regole arbitrali scelte dalle parti per regolare la procedura arbitrale in quanto anche queste norme potrebbero contenere indicazioni sulla qualificazione di una determinata fattispecie o istituto.

In una controversia dinanzi al giudice nazionale il conflitto tra tutti questi corpi normativi verrebbe risolto seguendo le logiche del diritto privato internazionale che tradizionalmente distingue tra diritto interno (*lex fori*) e diritto straniero. Tuttavia, non avendo gli arbitri un "foro" equiparabile a quello dei giudici nazionali, autorevole dottrina ritiene che i problemi di qualificazioni nell'arbitrato internazionale non possano essere affrontati e risolti alla luce della suddetta dicotomia ma debbano essere piuttosto decisi sulla base della qualificazione autonoma.

Secondo i sostenitori della tesi più radicale, il diritto della sede non potrebbe fornire le categorie giuridiche necessarie per qualificare una fattispecie e lo stesso varrebbe per la *lex arbitri*, eccezion fatta per le rare ipotesi in cui la *lex arbitri* disciplina espressamente la fattispecie in oggetto. Si dovrebbe invece ricorrere alla qualificazione autonoma in ragione della sua natura transnazionale e comparatista e la sua tendenza a ricercare concetti aventi portata universale⁶⁵.

Secondo una tesi più moderata, invece, il diritto della sede potrebbe rilevare ai fini della qualificazione ma solo in misura inversamente proporzionale alla transnazionalità dell'arbitrato. Ciò significa che il ricorso alle categorie giuridiche adottate dal legislatore della sede si giustificherebbe negli arbitrati meno transnazionali, mentre dette categorie dovrebbero lasciare spazio alla qualificazione autonoma con l'aumentare della transnazionalità⁶⁶.

Seppur con qualche accorgimento che illustrerò in seguito, ritengo che il ricorso alla qualificazione autonoma sia giustificato poiché tale approccio trova nell'arbitrato internazionale il suo ambiente naturale. La qualificazione autonoma risponde alle esigenze di pragmatismo tipiche del commercio internazionale di cui l'arbitrato internazionale è lo strumento di risoluzione delle controversie per antonomasia. Inoltre, il metodo comparatistico ben si adatta al carattere globale dell'arbitrato in quanto permette agli arbitri – che spesso non sono giuristi abilitati né nello Stato della sede né negli altri ordinamenti con cui la controversia presenta punti di contatto – di applicare categorie giuridiche ad essi familiari, evitando di intraprendere un'analisi sulla base di un diritto nazionale ad essi poco conosciuto o del tutto ignorato. Infine, la qualificazione autonoma permette di astrarre dai particolarismi dei diritti nazionali, contribuendo alla creazione di pratiche uniformi e

⁶⁴ ID., p. 453. Sul ruolo delle regole non statali nell'arbitrato internazionale si veda L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno*, in *Riv. Arb.* 2016(1), p. 1-32; ID., *Non-National Rules and Conflicts of Laws: Reflections in light of the UNIDROIT and Hague Principles*, in *R. dir. int. priv. proc.* 2012(4), p. 841-864.

⁶⁵ Cfr. KAUFMANN-KOHLER, *La Qualification en Arbitrage Commercial International*, cit., p. 304-305.

⁶⁶ Cfr. HEISKANEN, *And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration*, cit., p. 457.

aumentando la prevedibilità e l'omogeneità delle soluzioni⁶⁷.

Sebbene le tre ragioni appena illustrate giustifichino il ricorso dei tribunali arbitrali internazionali alla qualificazione autonoma, mi pare che – a differenza di quanto sostenuto dai fautori della tesi più radicale – non si possa del tutto astrarre dal diritto della sede.

L'idea che il ruolo del diritto della sede vada ridimensionato nelle operazioni di qualificazione nell'arbitrato internazionale è il corollario della tesi secondo cui il ruolo della sede nell'arbitrato non sarebbe equiparabile al foro dei giudici nazionali. Le ragioni generalmente portate a supporto di questa tesi sono le seguenti: (i) la sede è spesso scelta dalle parti come luogo neutrale che non sia collegato a nessuna di esse né al rapporto giuridico oggetto della controversia; (ii) la sede è solitamente scelta in ragione della neutralità, efficacia e competenza dei giudici della sede; e (iii) la sede può essere individuata dagli arbitri, dall'istituzione arbitrale o automaticamente dal legislatore quando le parti non si siano accordate⁶⁸.

A mio avviso, il ridimensionamento dell'ordinamento della sede si giustifica solo quando la scelta della sede non sia effettuata dalle parti o sia avvenuta casualmente, ma non nelle altre ipotesi.

Quando la sede è fissata dalle parti nell'ordinamento in cui ha sede (o risiede) una delle parti, la scelta della sede non può essere certamente ignorata in quanto sarà il frutto di un'attenta negoziazione (nessuno acconsentirebbe a fissare la sede nello Stato della controparte se non in cambio di un'adequata concessione) ovvero sarà imposta dalla parte contrattualmente più forte come condizione necessaria per la stipulazione del contratto (si pensi a un contratto di appalto con un ente pubblico che non vuole o non può deferire in arbitrato estero le proprie controversie).

Anche nelle ipotesi in cui la sede è fissata in un Paese neutrale sarebbe inappropriato ignorare in ogni caso la scelta delle parti. Dietro questa scelta vi sono solitamente delle negoziazioni o quanto meno accurate riflessioni. È inverosimile infatti che le parti siano disposte a fissare la sede in qualsiasi stato terzo semplicemente per la sua asserita neutralità⁶⁹. Esse tenderanno piuttosto a scegliere un ordinamento sulla base di criteri specifici, quali: (i) l'adesione alla Convenzione di New York o altri strumenti internazionali che facilitano la circolazione dei lodi; (ii) il *favor arbitrati* dalla legislazione nazionale, in particolar modo in relazione ai motivi di impugnazione dei lodi; (iii) l'efficacia, la competenza e l'attitudine pro arbitrato dei giudici nazionali; (iv) la qualità dei servizi legali disponibili; e (v) la lingua⁷⁰. Se effettivamente la sede fosse stata scelta sulla base di questi criteri, ignorare il diritto della sede nel processo di qualificazione significherebbe ignorare la volontà

⁶⁷ Sul punto, si veda KAUFMANN-KOHLER, *La Qualification en Arbitrage Commercial International*, cit., p. 306, che individua nel "pragmatisme", nella "diversité des méthodes" e nel "transnationalisation" le tre giustificazioni per l'adozione della qualificazione autonoma nell'arbitrato internazionale.

⁶⁸ R. GOODE, *The Role of Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, in *Arb. Intl.* vol. 17(1), 2000, p. 32.

⁶⁹ ID., p. 32: "It is fanciful to suppose that they would be happy to select as the seat any place that happened to be convenient and neutral". Sul punto si veda anche F. A. MANN, *The UNCITRAL Model Law – Lex Facit Arbitrum*, in *Arb. Intl.* vol. 2(3), 1986, p. 247: "Frequently the seat is expressly determined by the parties: 'Arbitration in London'; such a choice is usually far from fortuitous, but made for good and well-understood reasons and purposes".

⁷⁰ Per una panoramica dei motivi che solitamente spingono le parti a scegliere la sede dell'arbitrato si veda BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2055-2062.

delle parti, da cui peraltro gli arbitri derivano la propria *potestas iudicandi*.

Alla luce di quanto appena esposto si può a mio avviso concludere che, per quanto il ruolo della sede non sia equiparabile *in toto* a quello del foro per i giudici nazionali⁷¹, il diritto della sede non potrà essere ignorato nelle operazioni di qualificazioni, fatta eccezione per le ipotesi in cui la sede non sia stata fissata dalle parti o vi siano ragioni per ritenere che sia stata determinata in modo casuale. In tutti gli altri casi, e specialmente nelle controversie che presentano più elementi di contatto con l'ordinamento della sede, gli arbitri dovranno prendere in considerazione il diritto della sede e decidere se effettuare la qualificazione sulla base delle categorie giuridiche proprie di questo ordinamento oppure ricorrere alla qualificazione autonoma.

L'oscillazione tra diritto della sede e qualificazione autonoma pone l'ulteriore problema di coniugare queste due soluzioni. Tale compito difficilmente potrà essere risolto in via teorica individuando una regola rigida applicabile indistintamente in tutte le circostanze dal momento che, come visto in precedenza, gli arbitrati internazionali possono essere notevolmente diversi l'uno dall'altro, quantomeno in termini di transnazionalità.

A mio avviso, le valutazioni che gli arbitri dovranno svolgere sono essenzialmente due. In primo luogo, si dovrà valutare il grado di internazionalità e transnazionalità dell'arbitrato. Più una controversia è ancorata all'ordinamento della sede, maggiore sarà il ruolo del diritto della sede nella qualificazione. Per contro, più un arbitrato è transnazionale, maggiore importanza avrà la qualificazione autonoma⁷². In secondo luogo si dovrà valutare – nella misura in cui sia possibile – come sia stata scelta la sede delle parti e sulla base di quali motivazioni. Laddove vi siano prove o sia evidente che la sede è stata volutamente fissata dalle parti in un determinato luogo maggior importanza dovrà essere data al diritto della sede⁷³. Viceversa, gli arbitri dovranno ricorrere alla qualificazione autonoma nei casi in cui la scelta della sede appaia fortuita, non sia stata oggetto di negoziazione o attenta riflessione e, soprattutto, quando non sia stata determinata dalle parti.

Queste valutazioni dovranno essere svolte caso per caso alla luce delle peculiarità presentate da ciascuna controversia. Una volta determinato se applicare il diritto della sede o ricorrere alla qualificazione autonoma si porrà il problema successivo: dove individuare le categorie giuridiche quando si effettua la qualificazione secondo l'ordinamento della sede e come individuare le categorie giuridiche quando si ricorre alla qualificazione autonoma.

Qualora gli arbitri ritengano che la qualificazione vada eseguita sulla base del diritto della sede, essi dovranno innanzitutto valutare se una risposta è contenuta nella *lex arbitri*. In caso di risposta affermativa, gli arbitri adotteranno la soluzione suggerita dalla *lex arbitri*. Diversamente, e questo è

⁷¹ Si veda *supra* la n. 50.

⁷² Sulla necessità di valutare il livello di transnazionalità di una controversia al fine di stabilire i ruoli da attribuire al diritto della sede e alla qualificazione autonoma si veda HEISKANEN, *And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration*, cit., p. 457-458: "In other words, the matter is one page of weighing the relevant factors and determining whether the links with the seat, taken together, outweigh those with all other relevant jurisdictions".

⁷³ Questo vale anche nei casi in cui la sede sia l'unico elemento di contatto con un determinato ordinamento, in quanto rappresenterà comunque un collegamento rilevante e voluto da tutte le parti.

il caso certamente più frequente visto che le leggi sull'arbitrato hanno spesso contenuto limitato⁷⁴, gli arbitri potranno importare le categorie giuridiche adottate nel diritto interno dal legislatore della sede. Questa operazione richiede tuttavia un'attenzione particolare in quanto si dovrà evitare di importare nell'arbitrato internazionale idiosincrasie tipiche di ciascun ordinamento. Pertanto, laddove gli arbitri abbiano il sentore che una qualificazione secondo il diritto interno dello Stato della sede (ma diverso dalla *lex arbitri*) possa condurre a conclusioni indesiderate e verosimilmente non previste dalle parti al momento della determinazione della sede dell'arbitrato, si potrà ricorrere alla qualificazione autonoma come correttivo del diritto nazionale, riferendosi se opportuno anche all'eventuale classificazione data dal regolamento d'arbitrato applicabile (si veda *infra*). Ad analoga soluzione si potrà ricorrere quando la fattispecie da classificare è sconosciuta al diritto dello Stato della sede.

Quanto alla qualificazione autonoma, questa deve essere condotta sulla base di un approccio comparativo che non considera necessariamente solo gli ordinamenti con cui la controversia presenta elementi di contatto ma ha respiro più ampio⁷⁵. Dei problemi potrebbero sorgere, come evidenziato in precedenza⁷⁶, in assenza di una soluzione uniforme o quantomeno prevalente nelle legislazioni nazionali. In tali ipotesi, i tribunali arbitrali potranno rifarsi ad eventuali nozioni autonome elaborate dalla prassi arbitrale, in assenza delle quali l'*impasse* potrà essere superata ripiegando sulle categorie giuridiche del diritto della sede poiché, per quanto tenui siano i collegamenti con l'ordinamento della sede, la sede rimane pur sempre il concetto che più assomiglia alla nozione di "foro"⁷⁷. Inoltre, in questi frangenti, gli arbitri potrebbero decidere di considerare eventuali classificazioni fornite dal regolamento d'arbitrato applicabile.

Un'ultima variabile meritevole di considerazione sono per l'appunto le regole istituzionali scelte dalle parti per regolare la procedura arbitrale, che ben potrebbero individuare la natura di una determinata misura, come peraltro avviene in alcuni casi con riferimento alla *security for costs*⁷⁸. Se, come accennato in precedenza⁷⁹, è improbabile che queste regole trovino spazio nella qualificazione dinnanzi ai giudici nazionali, potrebbero invece rivestire un ruolo (seppur secondario) quando sono gli arbitri a effettuare la qualificazione e questo in ragione del fatto che mentre i giudici derivano il proprio potere giurisdizionale dallo Stato, gli arbitri derivano la propria autorità dall'accordo tra le parti, il quale potrebbe comprendere anche la scelta di un regolamento arbitrale.

⁷⁴ Cfr. KAUFMANN-KOHLER, *La Qualification en Arbitrage Commercial International*, cit., p. 305: "*les lois modernes d'arbitrage international sont des lois-cadre au contenu limité, avec le résultat que le plus souvent le concept à qualifier ne s'y trouvera pas*".

⁷⁵ In proposito si veda HEISKANEN, *And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration*, cit., p. 458.

⁷⁶ Si veda la Sezione III.A.1 *supra*.

⁷⁷ Di questo avviso sembra essere anche BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 1537-1538: "[...] *the arbitration legislation of the arbitral seat provides a mandatory, essentially territorial legal framework for international arbitral proceedings which plays a role broadly comparable to that of a lex fori*".

⁷⁸ Si pensi in proposito all'art. 25(2) del Regolamento LCIA e all'art. 27(1) del Regolamento CEPANI che classificano espressamente la *security for costs* tra le misure cautelari.

⁷⁹ Si veda la Sezione III.A.1 *supra*.

Occorre dunque stabilire in quale misura la classificazione eventualmente contenuta nel regolamento d'arbitrato debba essere considerata dagli arbitri. Si deve innanzitutto escludere che il regolamento d'arbitrato possa essere la fonte esclusiva della qualificazione. Se così fosse si permetterebbe alle parti di determinare la natura di una fattispecie semplicemente scegliendo le discipline della procedura arbitrale. Inoltre, si correrebbe il rischio che la stessa misura possa essere classificata diversamente in due casi che differiscono esclusivamente per il regolamento d'arbitrato applicabile. Ciononostante, mi pare che si possano ricavare preziose informazioni dai regolamenti arbitrali soprattutto quando non è possibile giungere a una soluzione sulla base delle due metodologie sopra delineate (diritto della sede o qualificazione autonoma). *Nulla quaestio*, invece, se la classificazione data dal regolamento arbitrale – come spesso avviene – coincide con quella del diritto della sede o con la soluzione fornita dalla qualificazione autonoma. Va infine escluso che la classificazione data da un regolamento arbitrale possa prevalere su quella diversa fornita dal diritto della sede o derivata al termine di un processo di qualificazione autonoma.

III.B Qualificazione della *security for costs* nell'arbitrato internazionale

Alla luce di quanto appena illustrato, si può dunque affermare che gli arbitri chiamati a pronunciarsi su un'istanza di *security for costs* dovranno decidere se classificare tale misura sulla base del diritto della sede ovvero ricorrere alla qualificazione autonoma.

Questa decisione si baserà sulle seguenti valutazioni: (i) il carattere più o meno internazionale dell'arbitrato e il legame più o meno intenso della controversia con l'ordinamento della sede, e (ii) l'importanza attribuita dalle parti alla scelta della sede. Una volta stabilite le modalità secondo cui effettuare la qualificazione, potranno essere adottati dei correttivi: nel caso in cui il diritto interno della sede (diverso dalla *lex arbitri*) conduca a soluzioni indesiderate ovvero ignori l'istituto della *security for costs*, gli arbitri potranno ricorrere alla qualificazione autonoma, rifacendosi anche all'eventuale classificazione data dal regolamento d'arbitrato applicabile; viceversa, nei casi in cui la qualificazione autonoma non sia possibile per l'assenza di una soluzione condivisa quantomeno dalla maggioranza degli ordinamenti statali, il correttivo sarà costituito dal ricorso a nozioni autonome elaborate dalla prassi arbitrale o, in mancanza di esse, al diritto della sede ed eventualmente alla classificazione contenuta nel regolamento arbitrale applicabile.

III.B.1 La qualificazione della *security for costs* secondo il diritto della sede

Qualora gli arbitri decidano di effettuare la qualificazione basandosi sul diritto della sede, la soluzione varierà a seconda delle previsioni contenute nella *lex arbitri* e/o nella *lex fori*.

Sono sostanzialmente quattro gli scenari che si possono verificare.

Nulla quaestio se la sede è fissata in un ordinamento la cui *lex arbitri* qualifica espressamente la *security for costs*. In tali circostanze gli arbitri adotteranno la qualificazione fornita dalla *lex arbitri* a prescindere da un eventuale classificazione diversa contenuta nel regolamento d'arbitrato applicabile.

Questo primo scenario si verifica, per esempio, negli arbitrati con sede in Nuova Zelanda, dove la sezione 17 della *Schedule 1* della legge sull'arbitrato include la *security for costs* nel novero delle *interim measures*⁸⁰. La medesima soluzione verrà adottata negli arbitrati con sede in Australia in quanto la sezione 23K(3) della legge sull'arbitrato dichiara espressamente applicabili alla *security for costs* le previsioni dettate dalla Legge Modello dell'UNCITRAL del 2006 per le misure cautelari⁸¹.

Il secondo scenario si verifica quando invece la *lex arbitri* regola la *security for costs* senza però fornire una qualificazione esplicita. Ciò avviene in Inghilterra dove la sezione 38 dell'*Arbitration Act* del 1996 disciplina la *security for costs* tra i poteri esercitabili in generale degli arbitri, ivi inclusi diversi poteri istruttori quali quello di ordinare la comparizione di testimoni e l'ispezione dei beni oggetto della controversia⁸². Analoga soluzione è adottata dalla legge sull'arbitrato internazionale di Singapore⁸³. Quando un arbitrato ha sede in questi ordinamenti, gli arbitri dovranno rifarsi all'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale. Nell'eventualità in cui residuino dubbi, si potrà ricorrere alla qualificazione autonoma ed eventualmente alla qualificazione fornita dal regolamento arbitrale scelto dalle parti.

Se invece l'ordinamento della sede non disciplina la *security for costs* nella *lex arbitri* ma solamente nel diritto interno gli arbitri potranno adottare l'eventuale classificazione fornita dalla *lex fori* o, in mancanza, rifarsi all'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale purché così facendo non si importino nell'arbitrato internazionale idiosincrasie dell'ordinamento della sede. Se così fosse, o se comunque non si riuscissero a trovare sufficienti risposte nel diritto della sede, gli arbitri potrebbero ricorrere alla qualificazione autonoma ed eventualmente alla classificazione fornita dal regolamento arbitrale scelto dalle parti.

Rientrano in questo terzo scenario gli arbitrati con sede in Germania, Austria o Belgio. In Germania, la sezione 110 del Codice di procedura civile (*Zivilprozessordnung – ZPO*) prevede l'obbligo per gli attori stranieri che vogliano instaurare una controversia dinnanzi alle corti statali di prestare una garanzia per le spese del convenuto se costui ne fa richiesta. Analoghe disposizioni sono contenute nella sezione 57 del Codice di procedura civile austriaco e nell'art. 851 del *Code judiciaire* belga. È dubbio tuttavia che tali disposizioni possano essere applicate per analogia nel processo di qualificazione della *security for costs* in un arbitrato internazionale. Come vedremo in

⁸⁰ *New Zealand Arbitration Act* (Act No. 99 del 2 settembre 1996 emendato da ultimo con l'Act No. 53 del 17 ottobre 2016).

⁸¹ La sezione 23K(3) dell'*International Arbitration Act* australiano (Act no. 136 del 1974 emendato da ultimo con l'Act no. 5 del 5 maggio 2011) dispone quanto segue: “*The provisions of the Model Law apply in relation to an order under this section in the same way as they would apply to an interim measure under the Model Law*”, laddove il richiamo alla Legge Modello UNCITRAL va inteso agli artt. 17-17J della versione del 2006.

⁸² Il potere degli arbitri di concedere *security for costs* è previsto dalla sezione 38(3) dell'*Arbitration Act* 1996.

⁸³ La Sezione 12(1) dell'*International Arbitration Act* (Act no. 23 del 25 novembre 1994, emendato da ultimo con l'Act no. 12 del 15 maggio 2012) disciplina, oltre che alla *security for costs*, anche la possibilità di adottare misure cautelari e i poteri del collegio arbitrale relativi alla fase istruttoria. Per una panoramica sull'uso della *security for costs* nei procedimenti arbitrali con sede a Singapore si veda: HENDERSON, *Security for Costs in Arbitration in Singapore*, cit., p. 54-75.

seguito⁸⁴, infatti, la nazionalità, la residenza e il domicilio non sono generalmente considerati validi presupposti per la concessione di *security for costs* in arbitrato, principio peraltro riconosciuto anche nel contenzioso internazionale come si evince dall'art. 17 della *Convention on Civil Procedure* dell'Aja del 1 marzo 1954⁸⁵ e dalle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) relative tanto all'ordinamento tedesco⁸⁶ quanto a quello austriaco⁸⁷ e belga⁸⁸.

Nel quarto ed ultimo scenario rientrano infine i casi in cui la *cautio pro expensis* non sia affatto regolata dal legislatore dello Stato della sede, cosa che avviene per esempio in Italia in seguito alla

⁸⁴ Si veda *infra* la Sezione V.B.2.

⁸⁵ Questa norma dispone quanto segue:

“No security, bond or deposit of any kind, may be imposed by reason of their foreign nationality, or of lack of domicile or residence in the country, upon nationals of one of the Contracting States, having their domicile in one of these States, who are plaintiffs or parties intervening before the courts of another of those States.

The same rule shall apply to any payment required of plaintiffs or intervening parties as security for court fees.

All conventions under which Contracting States have agreed that their nationals will be exempt from providing security for costs or for payment of court fees regardless of domicile shall continue to apply”.

⁸⁶ Si vedano *Hubbard c. Hamburger*, sentenza CGUE del 1 luglio 1993, causa C-20/92 (Racc. 1993 p. I-3777), in cui la sezione 110 ZPO è stata considerata incompatibile con il principio della parità di trattamento in relazione alla libertà di prestazione di servizi enunciato agli artt. 59 e 60 dell'allora Trattato che istituisce la Comunità Europea (TCE, ora artt. 49 e 59 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – TFUE), e *Hayes e Hayes c. Kronenberger GmbH, in liquidazione*, sentenza CGUE del 20 marzo 1997, causa C-323/95 (Racc. 1997 p. I-1711), che ha dichiarato la norma tedesca in contrasto con l'art. 6 dell'allora TCE (ora art. 18 TFUE) che vieta la discriminazione in base alla nazionalità in quanto l'imposizione della *security for costs* sulla base della nazionalità dell'attore “[d]a un lato, [...] non è idonea a garantire il recupero delle spese processuali in ogni causa transfrontaliera, in quanto la prestazione di garanzia non potrebbe essere imposta all'attore tedesco non residente in Germania e privo di beni nel paese. D'altro lato, [...] è sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, in quanto anche un attore non tedesco, residente in Germania e avente ivi dei beni, potrebbe essere obbligato a prestare una garanzia” (§ 24). Si noti che analogo principio era stato stabilito anche con riferimento all'art. 1 della l. svedese 307 del 1980 nel caso *Data Delecta Aktiebolage Forsberg c. MSL Dynamics Ltd*, sentenza CGUE del 26 settembre 1996, causa C-43/95 (Racc. 1996 p. I-04661).

⁸⁷ Cfr. *Saldanha e MTS Securities Corporation c. Hiross Holding AG*, sentenza CGUE del 2 ottobre 1997, causa C-122/96 (Racc. 1997 p. I-5325), § 29: “sebbene l'obiettivo [dell'art. 57 del Codice di procedura civile austriaco], con cui si mira a garantire l'esecuzione di una pronuncia che sancisca il diritto del convenuto alla rifusione delle spese, non sia di per sé incompatibile con l'art. 6 [dell'allora TCE], ciò non toglie che la costituzione di una *cautio iudicatum solvi* non sia imposta ai cittadini austriaci, anche quando non possiedono né beni in Austria né vi risiedono, ma risiedono invece in un paese terzo nel quale l'esecuzione di una pronuncia che dichiari che il convenuto ha diritto al rimborso delle spese non è garantita”.

⁸⁸ Sul punto si veda *Guarnieri e Cie c. Vandeveld Eddy VOF*, sentenza CGUE del 7 aprile 2011 (Racc. 2011 p. I-02685), che nonostante abbia dichiarato l'art. 851 del *Code judiciaire* belga compatibile con l'art. 34 del TFUE, ha precisato in *obiter dictum* che la pregressa giurisprudenza della CGUE (citata nelle note precedenti) aveva già stabilito “che una disposizione di uno Stato membro quale [l'art. 851 del *Code judiciaire* belga], pur non operando alcuna distinzione in base all'origine dei prodotti, comporta nondimeno, nei confronti dei soggetti aventi la nazionalità di altri Stati membri, una discriminazione diretta fondata sulla nazionalità della parte attrice, dal momento che essa non esige alcuna cauzione dai soggetti in possesso della nazionalità dello Stato membro di cui trattasi” (§ 19).

dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 98 c.p.c.⁸⁹. In questi frangenti gli arbitri dovranno ricorrere alla qualificazione autonoma, considerando, se ritenuto opportuno, anche l'eventuale qualificazione data al regolamento arbitrale scelto dalle parti.

III.B.2 La qualificazione autonoma della security for costs

Maggiori complessità si presentano quando gli arbitri ricorrono alla qualificazione autonoma, circostanza che, come detto, si verifica in due frangenti: (i) quando in considerazione della transnazionalità del caso e delle modalità di selezione della sede la qualificazione autonoma è ritenuto l'approccio più appropriato; oppure (ii) come correttivo, quando non sia possibile classificare la *security for costs* sulla base del diritto della sede, cosa che peraltro avviene – come appena illustrato – negli arbitrati internazionali che si svolgono in Italia.

Individuare una qualificazione autonoma della *security for costs* nell'accezione classica del termine, ovvero sia mediante la comparazione delle soluzioni adottate da diversi ordinamenti nazionali, non appare una via percorribile perché molti ordinamenti – specialmente quelli di *civil law* – ignorano l'istituto o, al più, lo disciplinano con riferimento al contenzioso ordinario⁹⁰. Inoltre, come accennato *supra* nella Sezione III.B.1, per alcune *leges arbitri* che classificano la *security for costs* tra le misure cautelari (Nuova Zelanda e Australia) ve ne sono altrettante che regolano tale istituto genericamente tra i poteri esercitabili dagli arbitri (Inghilterra e Singapore), senza fornire indicazioni utili ai fini della qualificazione. Questa situazione non impedisce a mio avviso di individuare in modo autonomo la natura della *security for costs*. Per farlo, tuttavia, sarà necessario muovere dalla prassi arbitrale, e non dalle legislazioni nazionali.

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie sembrano oggi orientate a classificare la *security for costs* tra le misure cautelari. Questa, come visto, è anche la soluzione adottata talvolta dai legislatori nazionali (Nuova Zelanda e Australia) nonché da alcune istituzioni arbitrali nei propri regolamenti, come nel caso del Regolamento LCIA, che disciplina la *security for costs* al secondo paragrafo dell'art. 25 intitolato "*Interim and conservatory measures*"⁹¹, e dell'art. 20(1) del Regolamento CEPANI.

Eppure, questa classificazione della *security for costs* non è del tutto pacifica, come si evince da alcune pronunce arbitrali abbastanza recenti che hanno negato la natura cautelare della *security for costs*, ascrivendola alle misure procedurali *lato sensu*⁹².

La dicotomia tra la natura cautelare e procedurale in senso lato che si prospetta agli arbitri al momento di qualificare la *cautio pro expensis* fa sì che una sua corretta classificazione giuridica non abbia una rilevanza meramente teorica ma anche dei significativi risvolti pratici, soprattutto per gli

⁸⁹ Si veda *supra* la Sezione II.A.

⁹⁰ Cfr. SANDROCK, *The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or The Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant*, cit., p. 17.

⁹¹ Sul punto si vedano SCHERER, RICHMAN, GERBAY, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules – A User's Guide*, cit., p. 267 ss. che trattano della *security for costs* insieme agli altri tipi di misure cautelari.

⁹² Per un'analisi approfondita di questi casi si veda *infra* la Sezione III.B.2(i).

arbitrati che si svolgono secondo regolamenti arbitrali che ammettono la *security for costs* ma hanno sede in ordinamenti – tra cui l'Italia – che negano agli arbitri il potere di ordinare misure cautelari. A seconda della soluzione adottata dagli arbitri, infatti, essi potrebbero risultare competenti o meno a decidere sull'istanza di *security for costs*. Nessun problema sorgerebbe se al termine del processo di qualificazione si negasse alla *security for costs* l'appartenenza alla famiglia della tutela cautelare, come sostenuto dalla tesi minoritaria. Per contro, laddove si adottasse la soluzione opposta, che oggi sembra essere preferita, si verrebbe a creare un netto contrasto tra la *lex arbitri* e il regolamento arbitrale scelto dalle parti. Questo porrebbe il collegio arbitrale di fronte a un importante dilemma in quanto per determinare la propria competenza sarebbe chiamato a decidere se dare preminenza alla *lex arbitri* ovvero al principio di autonomia delle parti (sulla base del quale è stato scelto il regolamento d'arbitrato)⁹³.

(i) *Tesi minoritaria: la security for costs come misura processuale estranea alla tutela cautelare*

La tesi che considera la *security for costs* una misura processuale avulsa della tutela cautelare è stata sostenuta principalmente nell'ordinamento svizzero e, in tempi meno recenti, dalla *Court of Appeal* inglese in una pronuncia relativa all'arbitrato ICC.

Nell'ordinamento svizzero esistono due teorie circa il fondamento del potere degli arbitri di concedere *security for costs*. Secondo alcuni, la fonte di tale potere va rintracciata nell'art 182 della legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP), che disciplina in generale la procedura dell'arbitrato ed i relativi poteri degli arbitri⁹⁴. Secondo altri, invece, la competenza degli arbitri svizzeri a conoscere un'istanza di *security for costs* si fonda sull'art. 183 LDIP, relativo alla tutela cautelare negli arbitrati internazionali con sede in Svizzera⁹⁵.

Proprio su questa *querelle* si è concentrato il tribunale di un arbitrato ICC con sede a Ginevra⁹⁶.

⁹³ Per un'analisi approfondita di questa tematica, con specifico riferimento all'art. 818 c.p.c. si rinvia al Capitolo IV *infra*.

⁹⁴ L'art. 182 LDIP dal titolo "VI. Procedura / 1. Principio" dispone quanto segue:

"1 Le parti possono regolare la procedura arbitrale direttamente o mediante richiamo di un ordinamento procedurale arbitrale; possono anche dichiarare applicabile un diritto procedurale di loro scelta.

2 Se non regolata dalle parti medesime, la procedura, per quanto necessario, è stabilita dal tribunale arbitrale, sia direttamente sia con riferimento a una legge o a un ordinamento procedurale arbitrale.

3 Indipendentemente dalla procedura scelta, il tribunale arbitrale deve garantire in ogni caso la parità di trattamento delle parti, nonché il loro diritto d'essere sentite in contraddittorio".

⁹⁵ L'art. 183 LDIP dal titolo "VI. Procedura / 2. Provvedimenti cautelari e conservativi" dispone quanto segue:

"1 Salvo diversa pattuizione delle parti, il tribunale arbitrale può, ad istanza di parte, ordinare provvedimenti cautelari o conservativi.

2 Se la parte contro cui è ordinato il provvedimento non vi si sottopone spontaneamente, il tribunale arbitrale può chiedere la collaborazione del giudice competente; questi applica il suo proprio diritto.

3 Il tribunale arbitrale o il giudice possono subordinare l'attuazione dei provvedimenti cautelari o conservativi alla prestazione di adeguate garanzie".

⁹⁶ Arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Ginevra, ordinanza processuale no. 4 dell'aprile 2009, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 59-70.

Nel concludere che la *security for costs* rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 182 LDIP il collegio arbitrale ha svolto una duplice considerazione. In primo luogo ha constatato che, durante la vigenza del Concordato sull'arbitrato del 27 marzo 1969 (oggi sostituito dalla LDIP per gli arbitrati internazionali⁹⁷), alcuni tribunali arbitrali avevano accolto istanze di *security for costs* nonostante gli fosse precluso ordinare misure cautelari⁹⁸. Ciò era stato possibile solo in quanto la *security for costs* non era stata classificata da tali tribunali come espressione del potere cautelare e poiché questa forma di garanzia era prevista da alcuni codici di procedura civile cantonali⁹⁹. In secondo luogo, gli arbitri hanno reputato essenziale il rilievo per cui l'esecuzione di una *security for costs* non richiede, a differenza delle misure cautelari, l'intervento delle corti nazionali in caso di inadempimento, dal momento che la sanzione tipica per la mancata prestazione di una *security for costs* è la sospensione del procedimento arbitrale, la sua estinzione ovvero il rigetto delle domande presentate dalla parte inadempiente, come tali determinabili dagli arbitri stessi¹⁰⁰. Sulla base di queste due valutazioni, il tribunale ha dunque concluso quanto segue:

"[...] the Arbitral Tribunal considers that security for costs is not an interim measure of protection but that it is rather a procedural institution which may be determined by agreement of the Parties or, in the absence of an express agreement concerning security for costs, by the Arbitral Tribunal pursuant to Article 182 [LDIP] and Article 15 ICC Rules"¹⁰¹.

Dubbi sulla possibilità di annoverare la *security for costs* tra le misure cautelari erano stati espressi in precedenza da un altro arbitrato ICC con sede in Svizzera:

"[...] The application of this provision would assume, however, that security for costs is to be regarded as a form of interim relief as a matter of Swiss law. This is a matter which may remain open in the Arbitral Tribunal's opinion, as the power of an arbitral tribunal to order security under Swiss law is not dependent on such a classification and as it is, moreover, doubtful whether such a classification is correct as a matter of Swiss law"¹⁰².

Da ultimo, riferimento all'art. 182 LDIP per giustificare la concessione di una *security for costs* è stato effettuato da un tribunale costituito sulla base del regolamento arbitrale della *Swiss*

⁹⁷ Il Concordato sull'arbitrato, approvato dal Consiglio federale svizzero il 27 agosto 1969, rimane oggi in vigore per l'arbitrato domestico (E. GEISINGER, J. RANEDA, *Legislative Framework*, in *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* (E. GEISINGER, N. VOSER ed.), 2° ed., Kluwer Law International, 2013, p. 4).

⁹⁸ Si veda l'art. 26 del Concordato sull'arbitrato:

"1 Le misure provvisorie sono di esclusiva competenza delle autorità giudiziarie ordinarie.

2 Le parti possono tuttavia sottoporsi spontaneamente alle misure provvisorie proposte dal tribunale arbitrale".

⁹⁹ Arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Ginevra, ordinanza processuale no. 4 dell'aprile 2009, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 67, § 158.

¹⁰⁰ Id., § 159.

¹⁰¹ Id., § 160.

¹⁰² Arbitrato ICC no. 12542, ordinanza processuale del 19 dicembre 2003, in *ASA Bulletin* vol. 23(4), p. 697-698, § 51.

*Chambers' Arbitration Institution*¹⁰³. Sebbene in tale circostanza la competenza del collegio non fosse stata messa in discussione dalle parti, gli arbitri decisero comunque di giustificare la propria autorità¹⁰⁴. Pur riconoscendo l'esistenza del dibattito tra applicazione dell'art. 182 e dell'art. 183 LDIP, gli arbitri optarono per una terza via sostenendo che il proprio potere derivasse indistintamente dall'una o dall'altra previsione, potendosi considerare la *security for costs* tanto una misura cautelare quanto una misura processuale ex art. 182 LDIP:

"In addition to Article 183 [LDIP] and Article 26(1) Swiss Rules, Article 182(2) [LDIP] affords a second basis for an award of security for costs. [...] Since the decision to award security for costs can be interpreted as a procedural question [...], pursuant to Article 182(2) an arbitral tribunal can determine this issue of procedure 'directly'"¹⁰⁵.

Come accennato in precedenza, anche in Inghilterra l'appartenenza della *security for costs* all'ambito della tutela cautelare era stata originariamente messa in discussione. Questa idea prese corpo con la pronuncia *Bank Mellat v. Helleniki Techniki S.A.* del 1984 in cui la *Court of Appeal* rigettò la richiesta di una *security for costs* per le spese relative a un arbitrato ICC con sede a Londra pendente tra le parti¹⁰⁶. Dal momento che entrambe le parti avevano convenuto che la *security for costs* non rientrasse tra le "*interim or conservatory measures*" di cui all'art. 8(5) del Regolamento ICC del 1975, i giudici inglesi non erano stati chiamati a decidere sulla natura della *cautio pro expensis*. Ciononostante, Lord Justice Kerr si espresse sull'argomento condividendo la posizione delle parti:

"I share both parties' doubts as to whether the peculiarly English procedure of providing for security for costs is intended to be covered by these words, which stem from the context of other systems of law. However, I find it unnecessary to express any concluded view on this point, since I agree with Mr. Littman's submission that article 8(5) cannot in any event be construed as excluding such applications by necessary implication; and it clearly does not exclude any such application expressly"¹⁰⁷.

(ii) *Tesi maggioritaria: la security for costs come espressione della tutela cautelare*

Nonostante le pronunce poc'anzi illustrate escludano o quantomeno mettano in dubbio la natura cautelare della *security for costs*, la tesi ad oggi prevalente nel panorama dell'arbitrato internazionale – sia in dottrina che in giurisprudenza – è quella che classifica questa misura tra le forme di tutela cautelare.

A mio avviso, questa tendenza si nota soprattutto negli arbitrati disciplinati dai regolamenti ICC e

¹⁰³ Arbitrato *Swiss Chambers' Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportato), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 47-59.

¹⁰⁴ *Id.*, § 5.1-5.2.

¹⁰⁵ *Id.*, § 5.2.9. Un riferimento tanto all'art. 182 quanto all'art. 183 LDIP si rinviene anche nell'arbitrato *Geneva Chamber of Commerce and Industry* (no. non riportato), decisione del 25 settembre 1997, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), p. 745 ss., § 8.

¹⁰⁶ *Bank Mellat v. Helleniki Techniki S.A.* [1984] Q.B. 291.

¹⁰⁷ [1984] Q.B. 305 D/E.

UNCITRAL. Questi, pur permettendo agli arbitri di applicare la *loser pays rules*¹⁰⁸, a differenza di altri regolamenti arbitrali (quali, ad esempio, LCIA, SCC, SIAC, CEPANI e HKIAC¹⁰⁹), non disciplinano espressamente la *security for costs*. È proprio alla luce di questa lacuna, frutto comunque di una scelta consapevole tanto dell'ICC¹¹⁰ quanto dell'UNCITRAL¹¹¹, che è possibile comprendere al meglio la qualificazione data dalla giurisprudenza arbitrale alla *security for costs*.

Nell'arbitrato ICC sono molti i collegi arbitrali che hanno ricondotto la propria competenza a decidere su istanze di *security for costs* al potere cautelare concessogli dal Regolamento ICC. Questa tendenza è stata manifestata chiaramente nel caso ICC no. 11405 dove gli arbitri, riferendosi all'art. 23(1) del Regolamento ICC del 1998 (corrispondente all'art. 28(1) della versione attuale del Regolamento), hanno concluso che *"At any rate, Article 23(1) of the ICC Rules, confirming expressly the power of the arbitral tribunal to 'order any interim or conservatory measures it deems appropriate', also includes the power to make an order for security for costs"*¹¹². Analoghe conclusioni sono state raggiunte da altri tribunali ICC¹¹³ e altresì dalla dottrina pressoché

¹⁰⁸ Sebbene il principio della soccombenza possa trovare applicazione tanto negli arbitrati ICC quanto in quelli UNCITRAL, una distinzione è d'obbligo. Nel primo caso, infatti, l'art. 38(5) del Regolamento ICC concede agli arbitri una discrezionalità pressoché totale nell'allocazione dei costi dell'arbitrato tra le parti, il che potrebbe condurre anche all'applicazione di un principio diverso da quello della soccombenza (v. FRY, GREENBERG, MAZZA, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, cit., § 3-1488). Diversamente, negli arbitrati UNCITRAL, esiste una presunzione in favore dell'applicazione del principio della soccombenza da cui il tribunale si potrà discostare se ritenuto opportuno in base alle circostanze del caso concreto (art. 42(1) del Regolamento UNCITRAL 2010; per un'illustrazione delle differenze con il regime previsto dal Regolamento UNCITRAL 1976, v. D. D. CARON, L. M. CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2° ed., Oxford University Press, 2013, p. 865-870 e 877).

¹⁰⁹ Si vedano art. 25(2) Regolamento LCIA; art. 38 Regolamento SCC; art. 27(j) Regolamento SIAC; art. 20(1) Regolamento CEPANI; e art. 24 Regolamento HKIAC.

¹¹⁰ Y. DERAINS, E. A. SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2° ed., Kluwer Law International, 2005, p. 297 (*"[...] those drafting the 1998 Rules were reluctant to mention security for costs expressly because they did not wish to encourage the proliferation of such applications, which, apart from being rare, are generally disfavored in ICC arbitration, while nevertheless possibly justified in exceptional circumstances"*).

¹¹¹ Che la scelta di non menzionare espressamente la *security for costs* nel Regolamento UNCITRAL 2010 fosse voluta emerge chiaramente dal *Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-seventh session (A/CN.9/641)* del 10-14 settembre 2007 relativo alla revisione del Regolamento UNCITRAL 1976:

"48. A proposal was made that paragraph (2) (c) [dell'art. 26 del Regolamento UNCITRAL 1976] should be amended expressly to refer to security for costs through an addition of the words "or securing funds" after the word 'assets'. Opposition was expressed to that proposal as it could connote that the corresponding provision in the UNCITRAL Arbitration Model Law was insufficient to provide for security for costs. The Working Group agreed that security for costs was encompassed by the words 'preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied'".

¹¹² Arbitrato ICC no. 11405, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 17(2), 2006, p. 96, § 25.

¹¹³ Con riferimento all'art.8(5) del Regolamento ICC del 1988, cfr., arbitrato ICC no. 7489, lodo finale (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 8(2), 1999, p. 68 ss., § 9 e arbitrato ICC no. 8113, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 65 ss. Con riferimento all'art. 23(1) del Regolamento ICC del 1998, si vedano, *ex multis*: arbitrato ICC no. 11399, lodo non definitivo, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 36 ss., § 6.3 e arbitrato ICC no. 13620, ordinanza processuale del maggio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 66, § 2.3. Con riferimento all'art. 28(1) del Regolamento ICC 2012, cfr., arbitrato ICC no. 19850, ordinanza processuale no. 2 del 4 dicembre 2014, inedita, § 3.2-3.3.

unanime¹¹⁴.

Nonostante la moltitudine di pronunce sul punto, è difficile trovare un'analisi approfondita che giustifichi l'asserita natura cautelare della *security for costs*. Un chiarimento, seppur parziale, delle ragioni che hanno spinto storicamente i tribunali ICC a preferire questa soluzione è fornito nel caso ICC no. 6697, in cui gli arbitri hanno descritto la *security for costs* come una misura "provvisoria", in quanto concessa nelle more del procedimento arbitrale e avente validità esclusivamente fino all'esecuzione del lodo finale contenente la decisione degli arbitri sulle spese, e altresì come una misura "conservativa", poiché volta a salvaguardare le pretese di una parte connesse al merito della controversia¹¹⁵.

Una conclusione simile è stata raggiunta pochi anni dopo anche dalla Corte Suprema inglese nella famosa sentenza *Coppée Lavalin v. Ken-Ren* del 1994¹¹⁶. Nell'interpretare il Regolamento ICC, l'allora *House of Lords* ha risposto ai dubbi sollevati da Lord Justice Kerr nel caso *Bank Mellat*¹¹⁷ sostenendo che la *security for costs* è una misura provvisoria (*interim measure*) poiché concessa durante la pendenza della lite, ed altresì una misura conservativa (*conservatory measure*) in quanto volta ad assicurare che l'esito del procedimento arbitrale non sia vanificato dal rifiuto della parte soccombente di dare esecuzione al lodo e rifondere le spese alla parte vincitrice¹¹⁸.

Analogamente a quanto avvenuto per l'arbitrato ICC, anche i tribunali UNCITRAL hanno spesso riconosciuto la propria competenza a decidere su istanze di *security for costs* sulla base dei poteri cautelari ad essi attribuiti dal Regolamento UNCITRAL¹¹⁹, il che richiede a monte un'implicita qualificazione dell'istituto tra le misure cautelari. Emblematico al riguardo è il caso *South American Silver v. Bolivia* in cui il collegio arbitrale, prima di rigettare nel merito la richiesta di *cautio pro expensis* avanzata dalla Bolivia, ha affermato la propria competenza in ragione dell'art. 26 del Regolamento UNCITRAL 2010, non già – come sostenuto dalla parte istante – dell'art. 17(1) che disciplina in generale i poteri processuali degli arbitri:

"Bolivia invokes Art. 17(1) of the UNCITRAL Rules when requesting the security for costs. The Tribunal considers that a request for security for costs should be encompassed in

¹¹⁴ Si vedano T. H. WEBSTER, M. BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, 3° ed., Sweet & Maxwell, 2014, § 28-34 ss.; FRY, GREENBERG, MAZZA, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, cit., § 3-1036; J. GRIERSON, A. VAN HOOFT, *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*, Kluwer Law International, 2012, p. 157; e DERAIS, SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, cit., p. 297.

¹¹⁵ Arbitrato ICC no. 6697 (*Casa v. Cambior*), lodo parziale del 26 dicembre 1990, in *Rev. Arb.* 1992(1), p. 141:

"Le Tribunal est donc compétent au regard du Règlement pour prendre une mesure du type de celle demandée qui serait à la fois provisoire et conservatoire : provisoire, en ce qu'elle serait ordonnée pour la durée de l'instance et jusqu'à l'exécution de la sentence finale ; conservatoire en ce qu'elle servirait uniquement à sauvegarder les prétentions de Cambior développées au fond".

¹¹⁶ *Coppée Lavalin S.A. N.V. v. Ken-Ren Chemicals & Fertilisers Ltd. (In Liquidation in Kenya)* e *Voest-Alpine A.G. v. Ken-Ren Chemicals & Fertilisers (In Liquidation in Kenya)* [1995] 1 A.C. 38.

¹¹⁷ Si vedano *supra* le n. 108-109 e il testo di riferimento.

¹¹⁸ *Coppée Lavalin S.A. N.V. v. Ken-Ren Chemicals & Fertilisers Ltd. (In Liquidation in Kenya)* e *Voest-Alpine A.G. v. Ken-Ren Chemicals & Fertilisers (In Liquidation in Kenya)* [1995] 1 A.C. 54 D/E.

¹¹⁹ Cfr. l'art. 26 del Regolamento UNCITRAL sia nella versione del 1976 che in quella del 2010.

the category of interim or provisional measures, provided for in Art. 26 of the UNCITRAL Rules. Therefore, the latter would be the relevant provision for the analysis of Bolivia's request"¹²⁰.

Alla medesima conclusione, peraltro condivisa in dottrina¹²¹ e suggerita dai lavori preparatori del Regolamento UNCITRAL 2010¹²², era giunto in precedenza anche il tribunale nel caso *Guaracachi v. Bolivia*, che analogamente al caso *South American Silver* ha rigettato la richiesta di *security for costs* avanzata dallo Stato convenuto, ma non prima di aver riconosciuto la propria competenza sulla questione in ragione dell'art. 26 del Regolamento UNCITRAL 1976¹²³.

Infine, anche nell'ordinamento svizzero, in cui la natura cautelare della *cautio pro expensis* è stata ampiamente messa in discussione¹²⁴, sembra oggi affermarsi l'idea che la *security for costs* sia espressione del potere cautelare degli arbitri. Invero, per alcuni tribunali che hanno ricondotto la *security for costs* all'art. 182 LDIP, ve ne sono altrettanti che hanno individuato nell'art. 183 LDIP la fonte della propria competenza¹²⁵, ed è proprio quest'ultima soluzione che la dottrina più recente sembra avvallare in modo unanime¹²⁶.

¹²⁰ Arbitrato PCA no. 2013-15, *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, ordinanza processuale no. 10 dell'11 gennaio 2016, § 50.

¹²¹ T. H. WEBSTER, *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, 2° ed., Sweet & Maxwell, 2015, § 26-65.

¹²² Si veda *supra* n. 111. Per un approfondimento sul punto cfr. P. BINDER, *Analytical Commentary to the UNCITRAL Rules*, Sweet & Maxwell, 2013, § 26-023.

¹²³ Arbitrato PCA no. 2011-17, *Guaracachi American Inc. e Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, *Procedural Order* no. 14 dell'11 marzo 2013, § 6.

¹²⁴ Si veda *supra* la Sezione III.B.2(i).

¹²⁵ Questa posizione è espressa chiaramente nell'arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera, lodo del 21 dicembre 1998, in *ASA Bulletin* vol. 17(1), 1999, p. 63, § 7 ("*le fondement de la compétence de l'arbitre ne repose pas, de l'avis du Tribunal arbitral, sur l'art. 182, mais bien sur l'art. 183 LDIP, qui traite des mesures provisoires. Or, comme indiqué plus haut, le Tribunal arbitral est d'avis que l'ordre de fournir des sûretés pour le paiement des dépens se rattache bel et bien à une mesure provisoire destinée à faciliter l'exécution future de la sentence à rendre*"). Si vedano, inoltre, arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Mr. X c. Mrs. Y*), decisione del 17 maggio 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 16-18, § 10-17; arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Attore, società svizzera in fallimento c. Convenuto, società yemenita*), ordinanza processuale no. 4 del 17 giugno 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 26, § 28; arbitrato *ad hoc* con sede a Zurigo, ordinanza processuale del 27 novembre 2002, in *ASA Bulletin* vol. 23(1), 2005, p. 112, § 4.1; arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 80, § 12.

¹²⁶ Si vedano B. BERGER, *Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law*, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 9 ("*For an arbitral tribunal with its seat in Switzerland most decisions published below confirm that the legal basis to order security for costs is to be found in Article 183 [LDIP] (and/or in a corresponding provision of the applicable arbitration rules). In other words, one may state that it is by now well-established practice that a request for security for costs is considered as a form of an application for a provisional or conservatory measure*"); C. BOOG, *Interim Measures in International Arbitration*, in *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (M. ARROYO ed.), cit., p. 1360; J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2° ed., Sweet & Maxwell, 2007, § 610; e M. WIRTH, *Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*, in *ASA Bulletin* vol. 18(1), 2000, p. 35-36.

(iii) *La necessità di una qualificazione autonoma scrupolosa, specialmente negli arbitrati con sede in Italia o in altri ordinamenti che non concedono agli arbitri poteri cautelari*

Nonostante la posizione oggi più diffusa in giurisprudenza sia quella da ultimo illustrata, le argomentazioni con cui gli arbitri – ma anche la Corte Suprema inglese – hanno giustificato la natura cautelare della *security for costs* sono spesso brevi e sommarie. Benché questo possa essere letto come un sintomo della pacifica classificazione giuridica della *security for costs*, è anche vero che in nessuno dei casi sopra illustrati (o in generale nei casi noti a chi scrive) il collegio arbitrale si è cimentato in un’operazione di qualificazione autonoma approfondita. Questo si deve verosimilmente al fatto che in nessun caso la *lex arbitri* negava agli arbitri la possibilità di concedere tutela cautelare alle parti.

Cosa succederebbe però se un’istanza di *security for costs* venisse avanzata in un arbitrato internazionale che si svolge in Italia? Come verrebbe qualificata la misura richiesta? E, di conseguenza, chi sarebbe competente a decidere sul punto dato che l’art. 818 c.p.c. nega ai tribunali arbitrali italiani pressoché ogni potere cautelare?

Per quanto ovviamente la qualificazione autonoma della *cautio pro expensis* non muta in ragione del fatto che un ordinamento concede o meno poteri cautelari ai tribunali aventi sede nel proprio territorio, è indubbio che la presenza nella *lex arbitri* di una norma del tenore dell’art. 818 c.p.c. imporrebbe al collegio arbitrale di determinare in maniera molto più scrupolosa la natura della *security for costs*. A differenza dei casi sopra illustrati, dove la qualificazione aveva un’importanza marginale per via del fatto che la competenza del tribunale spesso non era contestata dalle parti¹²⁷ e tanto il regolamento arbitrale quanto la *lex arbitri* attribuivano agli arbitri sia ampi poteri procedurali che poteri cautelari¹²⁸, in un arbitrato con sede in Italia la classificazione della *security for costs* assume un ruolo centrale poiché da essa dipende chi – tra il collegio arbitrale e l’autorità giudiziaria – è competente a decidere sull’istanza del ricorrente¹²⁹.

Questo rende necessario, a mio avviso, svolgere un’operazione di qualificazione autonoma scrupolosa della *security for costs*. A tale scopo, i prossimi paragrafi analizzeranno le caratteristiche della tutela cautelare nell’arbitrato internazionale mettendole a confronto con la finalità, la natura e le peculiarità della *security for costs*, per determinare se quest’ultima possa essere annoverata tra i provvedimenti cautelari, come sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti.

La tutela cautelare nell’arbitrato internazionale

Storicamente gli ordinamenti nazionali si sono mostrati restii a delegare ai tribunali arbitrali il

¹²⁷ In proposito, a mero titolo esemplificativo: arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 80, § 11 e Arbitrato PCA no. 2013-15, *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, *Procedural Order* no. 10 dell’11 gennaio 2016, § 49.

¹²⁸ Cfr. artt. 19 e 28(1) del Regolamento ICC; artt. 15(1) e 26 del Regolamento UNCITRAL 1976; artt. 17(1) e 26 del Regolamento UNCITRAL 2010 e artt. 182 e 183 LDIP.

¹²⁹ Sull’allocazione della competenza a decidere sulle istanze di *security for costs* si veda *infra* il Capitolo IV.

potere di concedere misure cautelari. Le ragioni principali di questa ostilità vanno rintracciate nella diffusa diffidenza che gli Stati originariamente nutrivano nei confronti delle forme di giustizia privata¹³⁰ e, soprattutto, nell'assenza di potere coercitivo dei collegi arbitrali che, in quanto giudici privati, non godono del potere e degli strumenti necessari per dare esecuzione alle proprie decisioni¹³¹.

A partire dagli anni Ottanta, tuttavia, di pari passo con il diffondersi di un maggior fiducia nei confronti della giustizia arbitrale e con l'erosione del concetto di giurisdizione inteso necessariamente come emanazione della sovranità statale¹³², molti legislatori nazionali hanno iniziato a fare propria l'idea che l'assenza di potere coercitivo degli arbitri non sia sufficiente a giustificare, da un punto di vista puramente giuridico, la sottrazione del potere cautelare ai tribunali arbitrali¹³³. Invero, appurata l'impossibilità ontologica per gli arbitri di concedere tutela esecutiva¹³⁴, se questo fosse sufficiente a negare agli arbitri l'opportunità di concedere tutela cautelare alle parti, per la stessa ragione si dovrebbe sottrarre agli arbitri anche il potere di concedere tutela dichiarativa in quanto essi non potrebbero comunque dare esecuzione ai propri lodi di condanna.

Sulla scorta di questa semplice equazione, molti ordinamenti hanno così concesso ai tribunali arbitrali aventi sede nel proprio territorio la possibilità di emettere provvedimenti cautelari. In questo processo evolutivo, un ruolo centrale è stato svolto dalla Legge Modello UNCITRAL che già nella sua prima versione del 1985 prevedeva, all'art. 17, che le parti si rivolgessero agli arbitri per ottenere tutela cautelare, a meno che non si fossero accordate diversamente¹³⁵. La revisione del 2006, non solo ha confermato i poteri cautelari degli arbitri, ma ha altresì aggiunto diverse disposizioni volte a disciplinare nel dettaglio tali poteri¹³⁶.

La soluzione da ultimo descritta è stata adottata dalla quasi totalità degli Stati. Rimangono tuttavia alcuni ordinamenti in cui la tutela cautelare è generalmente sottratta agli arbitri. Tra questi si segnalano, oltre all'Italia, la Cina¹³⁷, la Thailandia¹³⁸ e, fino a pochi anni or sono, l'Argentina¹³⁹.

¹³⁰ A. YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2005, § 2.32.

¹³¹ ID., § 2.33; BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2432. Alla stessa stregua viene giustificato il divieto per gli arbitri italiani di adottare misure cautelari: SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 626-627; M. F. GHIRGA, Art. 818, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* (S. MENCHINI ed.), cit., p. 311.

¹³² Cfr. S. M. CARBONE, *Per un'interpretazione internazionalmente orientata della disciplina italiana dell'arbitrato: prospettive di sviluppo*, in *Riv. Arb.* 2015(3), p. 429-431.

¹³³ Per una panoramica sull'evoluzione storica delle misure cautelari nell'arbitrato commerciale internazionale, si veda YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, cit., § 2.1 ss.

¹³⁴ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 625.

¹³⁵ Sul punto, si veda P. BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 3° ed., Sweet & Maxwell, 2010, § 4A-003 ss.

¹³⁶ ID., § 4A-023 ss.; T. KENNEDY-GRANT, *Interim Measures Under the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: The Impact of the 2006 Amendments*, in *Asian Intl. Arb. J.* vol. 10(1), 2014, p. 17-46.

¹³⁷ Artt. 28, 46 e 68 dell'*Arbitration Law of the People's Republic of China*. Cfr. W. SUN, M. WILLEMS, *Arbitration in China*, Kluwer Law International, 2015, p. 433; P. THORP, H. SUN, *Arbitration Guide – IBA Arbitration Committee: China*, February 2012, p. 10.

¹³⁸ § 16 dell'*Arbitration Act* thailandese: "A party to an arbitration agreement may file a motion requesting the

Si può dunque affermare che, nonostante la permanenza di qualche idiosincrasia – peraltro fortemente criticata in dottrina¹⁴⁰ –, la tendenza globale è quella di favorire l’esercizio del potere cautelare degli arbitri¹⁴¹, come testimoniato dai regolamenti arbitrali delle maggiori istituzioni arbitrali che riconoscono senza eccezione alcuna la possibilità per gli arbitri di emettere provvedimenti cautelari¹⁴². È curioso peraltro notare come questa soluzione abbia trovato accoglimento anche nei regolamenti arbitrali delle istituzioni, quali CAM ed AIA, che operano principalmente in ordinamenti che negano tale potere ai collegi arbitrali¹⁴³.

Da un’analisi delle legislazioni nazionali in materia di arbitrato e dei regolamenti arbitrali emerge, tuttavia, che il potere cautelare attribuito agli arbitri, sebbene ampio, è solitamente formulato in termini generici, mancando una disciplina dettagliata sia delle tipologie di misure cautelari che possono essere ordinate dagli arbitri, sia dei presupposti per la concessione di tali provvedimenti¹⁴⁴. Due importanti eccezioni sono la Legge Modello UNCITRAL nella versione del 2006 ed il Regolamento UNCITRAL 2010¹⁴⁵.

competent court to issue an order imposing provisional measures to protect his interest before or during the arbitral proceedings. If the court views that had such proceedings been conducted in court, the court would have been able to issue such order, the court may proceed as requested. The provisions governing provisional measures under the Civil Procedure Code shall apply mutatis mutandis”. Cfr. A. HENDERSON, *Arbitration Guide – IBA Arbitration Committee: Thailand*, February 2012, p. 8.

¹³⁹ In seguito all’introduzione nel 2014 dell’art. 1655 del *Código Civil y Comercial de la Nación* si ritiene che i tribunali arbitrali argentini possano concedere misure cautelari tanto negli arbitrati domestici quanto in quelli internazionali. In precedenza, invece, l’art. 753 *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* veniva da molti letto come un divieto al potere cautelare degli arbitri, anche se non mancavano critiche a questa lettura (cfr. J. KLEINHEISTERKAMP, *International Commercial Arbitration in Latin America*, Oceana Publications, Inc., 2005, p. 248-249; G. S. TAWIL, F. CAMPOLIETI, *Arbitration Guide – IBA Arbitration Committee: Argentina*, March 2012, p. 8-9).

¹⁴⁰ Con riferimento all’art. 818 c.p.c., cfr. *ex multis*, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 625-626; G.F. RICCI, *Art. 818*, in *Arbitrato* (F. CARPI ed.), cit., p. 589-590; R. DI IORIO, *Art. 818*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, vol. VII, tomo quarto: *articoli 796-840* (diretto da L. P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA), UTET, 2014, p. 522, che correttamente mette in luce come l’art. 818 c.p.c. “*pone l’ordinamento italiano in una situazione di isolamento nel contesto internazionale*”.

¹⁴¹ A. CARLEVARIS, *Le misure cautelari*, in *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale ed internazionale* (M. V. BENEDETTI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO ed.), 2° ed., CEDAM, 2017, Parte II, Titolo VIII, Sezione 16, § IV(1) (in corso di pubblicazione).

¹⁴² In proposito BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2440 ss.

¹⁴³ Cfr. art. 22(2) del Regolamento CAM: “*Il Tribunale Arbitrale può pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento*” e art. 17(2) del Regolamento AIA “*Salvo che le parti abbiano convenuto diversamente, il tribunale arbitrale può, su istanza della parte interessata, sentita l’altra parte, adottare provvedimenti d’urgenza [...]*”. Analogamente, si veda l’art. 23(3) del Regolamento CIETAC “*At the request of a party, the arbitral tribunal may decide to order or award any interim measure it deems necessary or proper in accordance with the applicable law or the agreement of the parties [...]*”.

¹⁴⁴ In tal senso, BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 5.31; BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2445; YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, cit., § 1.10 e 5.19. A mero titolo esemplificativo, si vedano l’art. 183 LDIP e il combinato disposto degli artt. 1468 e 1506(3) del *Code de procédure civile* francese (NCPC); nonché l’art. 28(1) del Regolamento ICC, l’art. 27 del Regolamento SCC e l’art. 22(2) del Regolamento CAM.

¹⁴⁵ Un tentativo, seppur embrionale, di individuare le tipologie di provvedimenti cautelari concedibili dagli arbitri si

Nei casi in cui non si rinviengano indicazioni circa le modalità di esercizio della tutela cautelari né nella convenzione arbitrale¹⁴⁶, né nelle regole procedurali scelte dalle parti – siano esse contenute in un regolamento arbitrale, nella *lex arbitri*, ovvero nella combinazione delle due fonti¹⁴⁷ – si porrà per gli arbitri il problema di individuare una legge applicabile sul punto. Le opzioni generalmente prevedono il ricorso a: (i) la disciplina dei provvedimenti cautelari dettata per il contenzioso ordinario nello Stato della sede (*lex fori*); (ii) la medesima disciplina dettata dalla legge applicabile al merito della controversia; e (iii) la prassi diffusa nell'arbitrato internazionale.

Senza addentrarci, per ora, nelle problematiche relative alla scelta di legge applicabile all'esercizio del potere cautelare – che verranno approfondite nel Capitolo V – appare subito evidente che un rinvio esclusivo alla disciplina del contenzioso ordinario nazionale sarebbe insoddisfacente per diversi motivi. In primo luogo, i presupposti e le tipologie dei provvedimenti cautelari varierebbero notevolmente in ragione dell'ordinamento cui il tribunale intenderebbe rifarsi, rendendo così l'arbitrato internazionale molto poco "internazionale" e, al contempo, strettamente legato a un ordinamento statale cui le parti probabilmente non intendevano ancorare la controversia (e con cui gli arbitri potrebbero avere ben poca familiarità). A ciò si aggiunge, come vedremo in seguito¹⁴⁸, che l'individuazione di un ordinamento da cui mutuare la disciplina cautelare è tutt'altro semplice, ed esistono soluzioni diverse adottate in giurisprudenza e suggerite dalla dottrina. Inoltre, è quantomeno dubbio che i legislatori nazionali, nel disciplinare la tutela cautelare per i procedimenti dinnanzi ai propri giudici, intendessero regolare alla stessa stregua la disciplina cautelare nell'arbitrato internazionale¹⁴⁹. Se per certi versi è possibile accomunare il contenzioso ordinario con gli arbitrati puramente domestici – ovvero, basandosi sulla definizione contenuta nell'art. 1(3) della Legge Modello UNCITRAL, quelli dove ambo le parti hanno la propria residenza o sede legale nello Stato della sede e le obbligazioni principali derivanti dal proprio contratto vanno eseguite nel medesimo Paese –, lo stesso non si può dire per gli arbitrati internazionali. È infatti ampiamente accettato che i provvedimenti cautelari emanabili dai tribunali internazionali non sono limitati a quelli previsti dal diritto processuale dello Stato della sede¹⁵⁰.

rinvia inoltre nell'art. 25(1) del Regolamento LCIA.

¹⁴⁶ È, infatti, insolito che le parti disciplinino le modalità di esercizio dei poteri cautelari degli arbitri nella clausola compromissoria.

¹⁴⁷ Spesso, come visto poc'anzi, né le leggi nazionali sull'arbitrato né i regolamenti arbitrali adottano una disciplina dettagliata al riguardo.

¹⁴⁸ Si veda *infra* la Sezione V.A.

¹⁴⁹ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2464-2465, che interpreta la scelta di molti ordinamenti di non regolare nel dettaglio la disciplina cautelare in arbitrato come sintomo del fatto che le lacune non debbano essere colmate mediante riferimento al diritto nazionale: "*The absence from national arbitration statutes of any statutory standard for the grant of provisional relief suggests that the law of the arbitral seat does not in fact necessarily provide such standards. If the law of the arbitral seat were the source of such standards, one would expect them to be set forth in the applicable arbitration law. Their absence indicates that some other legal source provides the standards determining the circumstances in which provisional measures are to be granted*".

¹⁵⁰ Così, BOOG, *Interim Measures in International Arbitration*, in *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (M. ARROYO ed.), cit., p. 1358; G. VON SEGESSER, C. BOOG, *Interim Measures*, in *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* (E. GEISINGER, N. VOSER ed.), cit., p. 110; BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic*

Alla luce delle problematiche appena esposte, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato – basandosi in parte sulla disciplina dettata dai legislatori nazionali – degli *standards* ampiamente accettati in relazione sia ai presupposti necessari per la concessione delle misure cautelari nell'arbitrato internazionale sia alle tipologie di tali provvedimenti¹⁵¹. È proprio con questi *standards*, peraltro in gran parte accolti dagli artt. 17 e 17A dell'UNCITRAL Model Law e dall'art. 26 del Regolamento UNCITRAL 2010, che è possibile confrontare le caratteristiche e le finalità della *security for costs* al fine di determinarne la natura giuridica.

I presupposti per la concessione dei provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale

L'art. 17A della Legge Modello UNCITRAL, dedicato alle “*Conditions for granting interim measures*”, prevede che per ottenere un provvedimento cautelare il ricorrente debba dare prova delle seguenti circostanze: (i) la verosimiglianza del verificarsi di un danno non rimediabile mediante un lodo di condanna ai danni se il provvedimento cautelare non dovesse essere concesso (in altre parole, il *periculum in mora*)¹⁵²; (ii) la sproporzione tra il danno sofferto se la misura cautelare non venisse accordata e quello verosimilmente patito dalla parte resistente se la misura venisse concessa¹⁵³; e (iii) la ragionevole probabilità di successo nel merito della controversia (ossia, il *fumus boni iuris*)¹⁵⁴. A questo elenco, alcune pronunce arbitrali e autorevole dottrina aggiungono anche la necessità per il ricorrente di dimostrare che gli arbitri abbiano competenza *prima facie* a decidere sulla controversia¹⁵⁵. Infine, secondo un'opinione diffusa ma a mio avviso poco condivisibile, un presupposto ulteriore e distinto da quelli appena elencati risiederebbe nell'urgenza della misura cautelare richiesta¹⁵⁶.

Arbitration in Switzerland, 3° ed., Stämpfli, 2015, § 1258.

¹⁵¹ Come sottolineano A. CARLEVARIS, J. R. FERIS, *Running the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases*, in *ICC Bulletin* vol. 25(1), 2014, p. 25-40 anche nelle procedure di arbitrato d'urgenza (c.d. “*emergency arbitrator*”) la tendenza degli arbitri, in assenza di precise indicazioni contenute nei regolamenti arbitrali, è quella di basare la propria decisione sui criteri diffusi nella prassi arbitrale, mentre il riferimento agli ordinamenti nazionali è infrequente.

¹⁵² Art. 17A(1)(a) della Legge Modello UNCITRAL. Si veda, inoltre, l'art. 26(3)(a) del Regolamento UNCITRAL 2010.

¹⁵³ Art. 17A(1)(a) della Legge Modello UNCITRAL. Si veda, inoltre, l'art. 26(3)(a) del Regolamento UNCITRAL 2010.

¹⁵⁴ Art. 17A(1)(b) della Legge Modello UNCITRAL. Si veda, inoltre, l'art. 26(3)(b) del Regolamento UNCITRAL 2010.

¹⁵⁵ Cfr., *ex multis*, arbitrato *ad hoc*, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia, Order on Interim Measures* del 2 settembre 2008, § 45, 47-54; arbitrato PCA no. 2012-10, *Merck Sharpe & Dohme (I.A.) LLC v. The Republic of Ecuador, Decision on Interim Measures* del 7 marzo 2016, § 69-70. In dottrina, si vedano WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-13; VOSER, *Interim Relief in International Arbitration: The Tendency towards a More Business-Oriented Approach*, in *Disp. Res. Intl.* vol. 171(1), 2007, p. 176; YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, cit., § 5.26; BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2481-2483.

¹⁵⁶ In giurisprudenza, *ex multis*, arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 25, in P. PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, in *Cah. arb.* vol. 2013(2), p. 407; arbitrato *ad hoc*, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia, Order on Interim Measures* del 2 settembre 2008, § 45, 57-62; arbitrato LCIA no. UN 3481, *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, Interim Award - Request for Interim Measures of Protection* del 31 gennaio 2004, § 13-14. In dottrina, cfr., YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, cit., § 5.32-5.32; BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2474-2476.

Il requisito della competenza *prima facie* svolge una duplice funzione. Da un lato, permette agli arbitri di rigettare istanze cautelari nei casi in cui l'assenza della propria competenza sia palese; dall'altro, consente la concessione di provvedimenti cautelari anche laddove la parte resistente sollevi un'eccezione alla competenza degli arbitri purché gli arbitri reputino che, all'esito di un'analisi sommaria, vi siano elementi sufficienti per ritenersi competenti a decidere sul merito della controversia¹⁵⁷. La ragione fondamentale per cui non è richiesto agli arbitri di decidere in via definitiva sulla propria competenza prima di pronunciarsi sulle istanze cautelari risiede nella sommarietà del rito cautelare e nell'urgenza della tutela richiesta mediante tali misure che, in quanto tale, non permetterebbe un'indagine piena della competenza¹⁵⁸.

Anche il *fumus boni iuris* ha una finalità analoga in quanto richiede agli arbitri di valutare, sempre sommariamente, le probabilità di successo del ricorrente nel merito della controversia, permettendo così di rigettare le istanze cautelari laddove la lite instaurata sia temeraria o senza concrete probabilità di successo¹⁵⁹. La valutazione del merito richiesta agli arbitri a fronte di un'istanza cautelare è limitata a una semplice stima delle probabilità di successo¹⁶⁰, basata sulle allegazioni e le prove fornite dalle parti fino a quel punto del procedimento¹⁶¹. Data la delicatezza di

¹⁵⁷ La necessità di valutare l'esistenza *prima facie* della competenza dell'organo giudicante prima di pronunciarsi su un'istanza per la concessione di un provvedimento cautelare è stata chiaramente illustrata dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.A.)*, Order del 10 maggio 1984, [1984] ICJ Report 169, 179, § 24:

"[...] on a request for provisional measures, the Court need not, before deciding whether or not to indicate them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, or, as the case may be, that an objection taken to jurisdiction is well-founded, yet it ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded".

¹⁵⁸ Cfr. YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, cit., § 5.27; BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2483; PETROCHILOS, *Interim measures under the revised UNCITRAL Arbitration Rules*, cit., p. 880: "in practice interim measures have been granted prior to the resolution of a jurisdictional challenge, and for obvious reasons of fairness and efficiency of the process".

¹⁵⁹ YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, cit., § 5.28; WEBSTER, *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, cit., § 26-84.

¹⁶⁰ Sul grado di analisi del merito richiesto ai tribunali arbitrali nella fase cautelare, si veda, l'approccio adottato dal tribunale nel caso *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia*, Order on Interim Measures del 2 settembre 2008, § 55:

"At this stage, the Tribunal need not go beyond whether a reasonable case has been made which, if the facts alleged are proven, might possibly lead the Tribunal to the conclusion that an award could be made in favor of Claimants. Essentially, the Tribunal needs to decide only that the claims made are not, on their face, frivolous or obviously outside the competence of the Tribunal. To do otherwise would require the Tribunal to proceed to a determination of the facts and, in practice, to a hearing on the merits of the case, a lengthy and complicated process which would defeat the very purpose of interim measures".

¹⁶¹ In proposito, si veda *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-ninth session (A/61/17)* del 19 giugno -7 luglio 2006 relativo alla revisione della Legge Modello UNCITRAL:

"101. [...] subparagraph (b) [dell'art. 17A(1) della Legge Modello] was considered to constitute a necessary safeguard for the granting of interim measures. It was said that that subparagraph was drafted with the intention that the arbitral tribunal would make a preliminary judgement based on the information available to it at the time of its determination".

questa analisi, agli arbitri – ancor più che ai giudici nazionali – sono richiesti alcuni importanti accorgimenti. In primo luogo, il collegio arbitrale deve evitare di condizionare la propria discrezionalità per il prosieguo dell'arbitrato e le conclusioni cui potrebbe giungere in una fase successiva del procedimento¹⁶². Inoltre, il grado di probabilità di successo nel merito della controversia che il ricorrente deve dimostrare è proporzionale all'importanza del provvedimento cautelare richiesto, nonché alla sua invadenza nella sfera giuridica del resistente¹⁶³. Infine, autorevole dottrina fa notare che l'analisi del merito della controversia durante la fase cautelare è fondamentale per il tribunale in quanto, pur essendo condotta sommariamente, permette di adottare provvedimenti che siano "*commercially-sensible*"¹⁶⁴.

Oltre a dimostrare la competenza *prima facie* del tribunale e la probabilità di successo nel merito, il ricorrente dovrà dare prova del *periculum in mora* dimostrando che, qualora il provvedimento cautelare richiesto non sia concesso, la propria posizione verrebbe pregiudicata in quanto esposta ad un rischio difficilmente compensabile mediante un lodo di condanna¹⁶⁵. L'esame del *periculum in mora* presenta, a mio avviso, due profili: il primo di carattere temporale, tale per cui gli arbitri dovranno domandarsi quando si verificherà il pregiudizio temuto dal ricorrente; il secondo, invece, di carattere quantitativo, relativo all'intensità del pregiudizio.

È ampiamente accettato in dottrina e giurisprudenza che i tribunali arbitrali debbano considerare l'imminenza del pregiudizio e l'urgenza del provvedimento richiesto dal ricorrente, anche nei casi in cui la legge applicabile o il regolamento arbitrale scelto dalle parti non menzionino espressamente questo requisito¹⁶⁶. A differenza di quanto sostenuto da alcuni, per cui l'urgenza sarebbe un presupposto a sé stante, ritengo che l'analisi dell'urgenza debba essere ricondotta a quella del *periculum in mora* che, diversamente, si ridurrebbe a un esame del grado di pregiudizio sofferto dal convenuto¹⁶⁷. Affinché vi sia *periculum in mora* è dunque richiesto che il ricorrente dia

¹⁶² Cfr. CARON, CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, cit., p. 523, secondo cui il tribunale dovrebbe addirittura "*make clear that the issuance of interim measures does not prejudice subsequent determinations*"; BINDER, *Analytical Commentary to the UNCITRAL Rules*, cit., § 26-037; YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, cit., § 5.28. Si vedano, inoltre, l'art. 17A(1)(b) della Legge Modello UNCITRAL e l'art. 26(3)(b) del Regolamento UNCITRAL 2010. Sul punto si veda anche l'arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 25, in PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, cit., p. 407.

¹⁶³ PETROCHILOS, *Interim measures under the revised UNCITRAL Arbitration Rules*, cit., p. 882; SCHERER, RICHMAN, GERBAY, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules – A User's Guide*, cit., p. 267.

¹⁶⁴ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2479.

¹⁶⁵ Cfr. YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, cit., § 5.31;

¹⁶⁶ Nonostante la Legge Modello UNCITRAL ed il Regolamento UNCITRAL 2010 non facciano menzione dell'urgenza, si ritiene che l'analisi di questo requisito sia implicita nel *periculum in mora* (cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2475, che critica fortemente la scelta di non menzionare espressamente l'urgenza nel testo della Legge Modello). Per contro, si segnalano alcuni regolamenti arbitrali che menzionano espressamente il requisito dell'urgenza pur non disciplinando dettagliatamente i presupposti per la concessione dei provvedimenti cautelari: si vedano l'art. 22(2) del Regolamento CAM e l'art. 17(2) del Regolamento AIA.

¹⁶⁷ In questo senso, BOOG, *Interim Measures in International Arbitration*, in *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (M. ARROYO ed.), cit., p. 1361; G. PETROCHILOS, *Interim measures under the revised UNCITRAL Arbitration Rules*, in *ASA Bulletin* vol. 28(4), 2010, p. 882: "*As noted, under Article 26(1) of the 1976 Rules an*

prova dell'imminenza del rischio di essere pregiudicata durante lo svolgimento del procedimento arbitrale, indipendentemente dal fatto che questo pregiudizio derivi dalla condotta della controparte, dalla condotta di terzi o dal mero trascorrere del tempo¹⁶⁸.

Per quanto riguarda, invece, il grado del danno necessario per la concessione della tutela cautelare, le soluzioni adottate nella giurisprudenza arbitrale sono svariate. In alcuni casi è richiesto che il danno sia irreparabile (“*irreparable harm*”)¹⁶⁹, in altre ipotesi è invece richiesto che il danno sia serio (“*serious harm*”)¹⁷⁰ oppure sostanziale (“*substantial harm*”)¹⁷¹. Tutti questi criteri hanno un comune denominatore, ossia l'esistenza del rischio che il ricorrente veda la propria posizione pregiudicata durante le more dell'arbitrato. Tuttavia, il requisito dell'irreparabilità – soprattutto se interpretato letteralmente – viene ritenuto eccessivo poiché implica che un danno non irreparabile sia in qualche misura accettabile¹⁷², ignora il fatto che non sia possibile rimediare ad alcuni pregiudizi mediante una condanna al risarcimento dei danni¹⁷³, e limita sostanzialmente la possibilità di ottenere tutela cautelare ai casi di insolvenza o a quelli in cui si può anticipare l'impossibilità di esecuzione del lodo¹⁷⁴. Mi pare dunque che la soluzione preferibile nel silenzio

arbitral tribunal may take any interim measures which it 'deems necessary'. Necessity has been interpreted as including a degree of urgency as well as the threat of substantial harm”.

¹⁶⁸ In proposito si veda la definizione di urgenza data dall'arbitrato ICC no. 10596, lodo non definitivo del 2000, in *Y.C.A.* vol. XXX, 2005, p. 72-73, § 29: “*A final requirement for interim relief under ICC practice is that the request relates to a matter of urgency, it being understood that 'urgency' is broadly interpreted; the fact that a party's potential losses are likely to increase with the mere passing of time and that it would be unreasonable to expect that party to wait for the final award suffices*”.

¹⁶⁹ Si vedano, *ex multis*, arbitrato PCA no. 2016-20, *Dawood Rawat v. The Republic of Mauritius, Order Regarding Claimant's and Respondent's Requests for Interim Measures* dell'11 gennaio 2017, § 45 e, con specifico riferimento alla *security for costs*, § 135; arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Ginevra, ordinanza processuale no. 4 dell'aprile 2009, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 64, § 148. L'ipotesi di utilizzare l'aggettivo “*irreparable*”, suggerito durante i lavori preparatori della Legge Modello UNCITRAL e del Regolamento UNCITRAL 2010, è stata scartata per le ragioni illustrate da BINDER, *Analytical Commentary to the UNCITRAL Rules*, cit., § 26-030 ss. e WEBSTER, *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, cit., § 26-77.

¹⁷⁰ Cfr. arbitrato *ad hoc*, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia, Order on Interim Measures* del 2 settembre 2008, § 45.

¹⁷¹ Cfr. arbitrato ICC no. 8786, lodo non definitivo del 1996, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), 2001, p. 751 ss., § 12; arbitrato PCA no. 2012-10, *Merck Sharpe & Dohme (I.A.) LLC v. The Republic of Ecuador, Decision on Interim Measures* del 7 marzo 2016, § 69, che parla di “*substantial or irreparable harm*”.

¹⁷² Cfr. K. P. BERGER, *International Economic Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, p. 336:

“Requiring a standard less than ‘irreparable’ makes sense since an act prejudicial to the right of one of the parties should not be characterized as being acceptable simply because damages are available. From a commercial point of view – which is the position that a tribunal in international economic arbitration has to take – the disruption to business relations and the waste resulting from such acts cannot be truly compensated by damages. What lies behind this requirement is the basic principle of reasonableness, meaning that the possible injury caused by the requested interim measure must not be out of proportion with the advantage which the claimant hopes to derive from it”.

Si veda, inoltre, A. YESILIRMAK, *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 1999-2008*, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 10.

¹⁷³ LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., § 23-65.

¹⁷⁴ In questo senso, CARON, CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, cit., p. 521, n. 45, che si riferisce ai lavori preparatori dell'UNCITRAL, e BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2471, il quale fa

della normativa applicabile sia quella di valutare se nelle circostanze del caso concreto vi sia la probabilità che si verifichi un danno serio (imminente o urgente) in assenza della concessione del provvedimento richiesto¹⁷⁵.

Il quarto ed ultimo presupposto per la concessione di un provvedimento cautelare è il bilanciamento tra il danno derivante per il ricorrente se la misura cautelare non venisse accordata e quello sofferto dal resistente se la misura venisse invece concessa. In ragione dell'evidente connessione con l'analisi del *periculum in mora*, alcuni dubitano del fatto che si debba considerare un presupposto a sé¹⁷⁶. Sul punto ritengo che sia più corretto trattare il "*balancing of interests*" come un presupposto separato dal *periculum in mora* e ad esso logicamente successivo. Infatti, solo una volta determinato che il pregiudizio potenzialmente sofferto dal ricorrente è sufficientemente serio e imminente, si porrà per gli arbitri la necessità di bilanciare gli interessi delle parti in causa in relazione alla concessione o al diniego della misura richiesta. Quanto alla sua funzione, questa operazione di bilanciamento di permette agli arbitri di negare un'istanza cautelare anche laddove tutti i tre requisiti sopra analizzati siano presenti, a condizione che la misura richiesta si riveli eccessivamente onerosa per il resistente¹⁷⁷.

Le tipologie di misure cautelari nell'arbitrato internazionale

Così come i presupposti per la concessione dei provvedimenti cautelari, anche le tipologie di misure cautelari non sono generalmente individuate dalle legislazioni nazionali in materia di arbitrato e dai regolamenti arbitrali. Fanno tuttavia eccezione il Regolamento UNCITRAL 2010 e la Legge Modello UNCITRAL nella versione 2006, nonché le leggi arbitrali dei Paesi che su di essa si

notare che molti dei tribunali che hanno utilizzato lo standard di irreparabilità hanno comunque fornito un'interpretazione non letterale (in proposito, si vedano: arbitrato *ad hoc*, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia, Order on Interim Measures* del 2 settembre 2008, § 69: "*The Tribunal shares that view and considers that the 'irreparable harm' in international law has a flexible meaning*"; arbitrato ICC no. 10596, lodo non definitivo del 2000, in Y.C.A. vol. XXX, 2005, p. 72, § 16-18, che pur basandosi sullo standard di irreparabilità del danno ritiene che "*any non marginal risk of aggravation of the dispute is sufficient to warrant an order for interim relief*" e che "*the fact that B may recover losses in the form of damages is no valid objection and does not preclude it from seeking provisional relief*").

¹⁷⁵ Sono di questo avviso anche G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2015, § 6.120.

¹⁷⁶ Cfr. BOOG, *Interim Measures in International Arbitration*, in *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (M. ARROYO ed.), cit., p. 1361 ("*[...] best arbitral practice is to apply a proportionality test in every case in order to evaluate whether the imminent harm is serious enough to warrant the requested measure*") e BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2473 ("*The better view is that the relevant standard does not require mechanical application of particular levels of probability. Rather, tribunals properly adopt a pragmatic inquiry that subsumes the likelihood of harm, the degree and character of harm, the balance of hardships and other factors*"). Contra YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, cit., § 5.35 e CARON, CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, cit., p. 522.

¹⁷⁷ L'importanza di questo bilanciamento si evince dalla lettera dell'art. 17A(1)(a) della Legge Modello UNCITRAL e dell'art. 26(3)(a) del Regolamento UNCITRAL 2010, i quali richiedono che l'interesse del ricorrente alla concessione della misura cautelari "*substantially outweighs*" quello del resistente.

sono basati¹⁷⁸.

Nello specifico, l'art. 17(2) della Legge Modello UNCITRAL e l'art. 26(2) del Regolamento UNCITRAL 2010 individuano – seppur senza velleità di fornire un elenco esaustivo¹⁷⁹ – le seguenti tipologie di provvedimenti cautelari: (i) provvedimenti finalizzati alla conservazione o alla ricostituzione dello *status quo* durante il procedimento arbitrale; (ii) misure volte a prevenire un pregiudizio attuale o imminente per la procedura arbitrale; (iii) provvedimenti finalizzati alla conservazione di beni per il soddisfacimento delle obbligazioni scaturenti dal lodo; e (iv) misure finalizzate alla conservazione di mezzi istruttori. Sebbene siano molteplici le classificazioni proposte dalla dottrina¹⁸⁰, ritengo che, con qualche accorgimento, la soluzione adottata dall'UNCITRAL sia la più adatta ai fini della presente trattazione.

Le prime due categorie sopra menzionate meritano di essere analizzate congiuntamente in ragione delle loro somiglianze¹⁸¹. In esse rientrano tutti i provvedimenti finalizzati alla conservazione o alla ricostituzione delle circostanze fattuali esistenti al momento dell'instaurazione della controversia¹⁸² necessari a prevenire dei cambiamenti che potrebbero pregiudicare vuoi lo svolgimento del procedimento arbitrale, vuoi la possibilità della parte vincitrice di vedere

¹⁷⁸ Si vedano, per esempio, la sezione 17 della *Schedule 1* del *New Zealand Arbitration Act* e l'art. 47(2) della *Ley de Arbitraje* peruviana (*Decreto Legislativo* no. 1071 del 28 giugno 2008 emendato da ultimo con il *Decreto Legislativo* no. 1231 del 26 settembre 2015).

¹⁷⁹ Lo *chapeau* dell'art. 26(2) del Regolamento UNCITRAL 2010 recita “*for example and without limitation*”.

¹⁸⁰ Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2483 ss., che individua dieci tipologie di provvedimenti cautelari (*orders preserving status quo, orders prohibiting aggravation of parties' dispute, orders requiring specific performance of contractual or other obligations, orders requiring security for underlying claims, orders requiring security for legal costs, orders requiring payment of advance on costs or deposit, orders for preservation or inspection of property, enforcement of confidentiality obligations, orders for interim payment, e antisuit orders*) con WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-16 ss., che invece distingue solo tra tre categorie di misure cautelari: *evidentiary measures, financial measures* e *standstill measures*.

¹⁸¹ La parziale sovrapposizione tra le due categorie è stata riconosciuta anche dall'UNCITRAL nel *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-ninth session* (A/CN.9/545) del 10-14 novembre 2003 relativo alla revisione della Legge Modello:

“24. [...] After discussion, however, the Working Group agreed that, while there was undoubtedly some overlap between subparagraphs (a) and (b), retaining both subparagraphs was unlikely to create harm and might be regarded as particularly helpful in certain legal systems”.

¹⁸² Nonostante parte della dottrina dubiti dell'opportunità di fare riferimento allo *status quo* esistente al momento del deposito della domanda di arbitrato (cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2487-2488), mi pare che questa sia la soluzione preferibile, come sostenuto anche nell'arbitrato ICC no. 7388, ordinanza processuale del 1993, in A. REINER, *Les mesures provisoires et conservatoires et L'Arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI*, in *J.D.I.* vol. 125(4), 1998, p. 886:

“En l'espèce, A demande au Tribunal Arbitral de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient, quant aux garanties, au moment de l'ouverture de l'arbitrage. Le Tribunal arbitral a déjà constaté que B n'est pas conformé à la convention en appelant les garanties avant l'établissement du décompte final, alors que A était prêt à les proroger.

Ordonner que les parties soient remises en l'état où elles se trouvaient au début de l'instance et qu'elles le demeurent jusqu'au prononcé de la sentence finale est une mesure conservatoire au sens large qui s'inscrit dans le cadre de celles que l'arbitre peut ordonner sur la base de l'article 183 LDIP. Elle s'impose d'autant plus lorsqu'il s'agit de rétablir l'équilibre contractuel voulu par les parties. Limitée à la durée de l'arbitrage, cette mesure ne préjuge pas le fond”.

soddisfatte le proprie pretese. Tra le misure finalizzate alla tutela della procedura arbitrale rientrano le c.d. “*anti-suit injunctions*”¹⁸³, gli ordini volti ad impedire la disseminazione di informazioni in violazione degli obblighi di confidenzialità assunti dalle parti in relazione all’arbitrato¹⁸⁴, nonché, più in generale, i provvedimenti che mirano ad evitare un inasprimento della controversia¹⁸⁵. Tra le misure finalizzate invece alla conservazione dello *status quo* per facilitare l’esecuzione del lodo rientrano, ad esempio, i provvedimenti volti ad impedire l’escussione delle garanzie¹⁸⁶, la risoluzione di un contratto o la diffusione di segreti industriali¹⁸⁷, gli ordini relativi alle modalità di conservazione dei beni oggetto della controversia o che vietano la vendita o il trasferimento dei medesimi beni¹⁸⁸, e gli ordini che impongono la continuazione dell’esecuzione di un contratto¹⁸⁹ ovvero la consegna di determinati beni o documenti funzionali alla prosecuzione dello svolgimento di un’attività commerciale¹⁹⁰.

Nella terza categoria individuata dagli strumenti UNCITRAL – quella relativa ai provvedimenti finalizzati alla conservazione di beni per il soddisfacimento delle obbligazioni scaturenti dal lodo – vengono solitamente fatte rientrare le c.d. “*security for claims*” o “*security for payment*”, ossia misure che prevedono la prestazione di una garanzia per le domande avanzate dalla controparte¹⁹¹, e i c.d. “*provisional payments*” o “*orders for interim payment*”, con cui viene ordinato a una parte di pagare le somme non contestate¹⁹².

Nella quarta ed ultima categoria copra menzionata rientrano, infine, tutte le misure volte alla preservazione di elementi necessari per la fase istruttoria laddove vi siano fondati timori che questi

¹⁸³ Un’*anti-suit injunction* è un ordine emesso dal tribunale arbitrale volto a vietare l’instaurazione o la continuazione dinnanzi ai giudici nazionali di una controversia identica o avente in parte il medesimo oggetto di quella deferita in arbitri. Si veda, in proposito, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-ninth session (A/61/17)* del 19 giugno -7 luglio 2006, § 92-95.

¹⁸⁴ Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2488 e 2499.

¹⁸⁵ Si veda, sul punto, l’arbitrato PCA no. 2013-33, ordinanza processuale no. 1 del 7 marzo 2014, inedita, § 130 “*Both Parties shall act in good faith, ethically and with loyalty in these proceedings*”.

¹⁸⁶ Cfr. WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-18.

¹⁸⁷ Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2484-2485.

¹⁸⁸ CARON, CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, cit., p. 518.

¹⁸⁹ Arbitrato ICC no. 6503, ordinanza processuale del novembre 1989, in *J.D.I.* vol. 122(4), 1995, p. 1023. Sul punto, si veda anche WIRTH, *Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*, cit., p. 34.

¹⁹⁰ Arbitrato ICC no. 10596, lodo non definitivo del 2000, in *Y.C.A.* vol. XXX, 2005, p. 76:

“On the basis of the foregoing, the arbitral tribunal:

orders A to immediately deliver and/or procure delivery to B the Registration Certificate for product X issued by the Bureau of Drug Administration and Policy, Ministry of Public Health, the People's Republic of China and the Pricing Approval issued by the National Development Planning Committee, the People's Republic of China”.

¹⁹¹ Per un’analisi dettagliata di queste forme di tutela cautelare, cfr. YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, cit., § 5.81; BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2492-2494. La *security for claims* presenta forti somiglianze con la *cautio iudicatum solvi* del diritto romano (si veda *supra* n. 18).

¹⁹² In proposito si vedano YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, cit., § 5.86; BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2499-2501. Per certi aspetti i *provisional payments* ricordando l’ordinanza per il pagamento di somme non contestate *ex art. 186-bis c.p.c.*

vengano meno o vengano danneggiati.

(iv) *La security for costs a confronto con i presupposti e le tipologie di misure cautelari nell'arbitrato internazionale*

Avendo delineato i presupposti e le tipologie di provvedimenti cautelari diffusi nell'arbitrato internazionale, è ora possibile porli a confronto con la finalità e i connotati della *security for costs* al fine di determinare se quest'ultima possa effettivamente considerarsi una misura cautelare.

Come illustrato in precedenza¹⁹³, la finalità della *security for costs* è quella di garantire alla parte istante di ottenere la rifusione delle spese relative a un procedimento arbitrale in caso di vittoria. È dunque evidente la somiglianza tra la *security for costs* e la *security for claims* poc'anzi analizzata. Invero, se la *security for claims* permette al ricorrente di ottenere una garanzia per la soddisfazione delle proprie domande nel caso in cui dovessero essere accolte al termine dell'arbitrato, analogamente la *security for costs* garantisce il recupero delle spese. Poiché la condanna alla rifusione delle spese relative a un procedimento arbitrale altro non è che un'obbligazione derivante dal lodo per la parte soccombente – al pari della condanna al risarcimento dei danni¹⁹⁴ – ne discende che la *security for costs* è ascrivibile alle misure cautelari finalizzate alla conservazione dei beni per facilitare l'adempimento dei lodi arbitrali ex art. 17(2)(c) della Legge Modello UNCITRAL ed art. 26(2)(c) del Regolamento UNCITRAL 2010¹⁹⁵.

Per quanto attiene invece ai presupposti per la concessione di un'istanza di *security for costs*, come vedremo¹⁹⁶, questi sono decisamente più complessi e numerosi dei quattro requisiti analizzati in precedenza. Tuttavia, al fine di determinare se la *cautio pro expensis* sia classificabile come una forma di tutela cautelare è sufficiente considerare se anche per la concessione di una tale misura gli arbitri siano chiamati a considerare la propria competenza *prima facie*, il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, nonché ad effettuare un'operazione di *balancing of interests* tra le posizioni delle parti in causa.

Un studio approfondito della giurisprudenza suggerisce una risposta positiva a questo quesito. Tuttavia, considerate le peculiarità della *security for costs*, sono necessarie alcune precisazioni.

In primo luogo, la presenza di un'eccezione di incompetenza non costituisce un ostacolo alla concessione di una *security for costs*. Questo principio è stato chiaramente sancito in un arbitrato amministrato dalla *Swiss Chambers' Arbitration Institution*, in cui alcuni dei convenuti avevano non solo richiesto una *cautio pro expensis* ma anche formulato un'eccezione di incompetenza sostenendo che in un caso parallelo instaurato dagli attori sulla base dei medesimi contratti gli

¹⁹³ Si veda *supra* la parte introduttiva della Sezione II.

¹⁹⁴ In proposito, si veda BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 9.85: "A claim in respect of the costs incurred by a party in connection with an international arbitration is, in principle, no different from any other claim, except that it usually cannot be quantified until the end of the arbitral proceedings".

¹⁹⁵ A questa conclusione giungono anche WEBSTER, *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, cit., § 26-65 ss.; BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, cit., § 4A-033 e BINDER, *Analytical Commentary to the UNCITRAL Rules*, cit., § 26-203.

¹⁹⁶ Si veda *infra* il Capitolo V.

arbitri avevano già negato la propria competenza¹⁹⁷. Il tribunale arbitrale ha correttamente rilevato che la competenza degli arbitri ad esprimersi sull’allocazione delle spese processuali non viene meno nei casi in cui essi si dichiarino incompetenti¹⁹⁸, il che *a fortiori* non gli impedisce di pronunciarsi su un’istanza di *security for costs* in presenza di un’eccezione di incompetenza:

“The Arbitral Tribunal finally notes that it is widely recognized that an arbitral tribunal may award costs even if it ultimately determines that it has no jurisdiction over the underlying dispute [...].

The Arbitral Tribunal finds that it accordingly is authorized to grant security for costs even if its jurisdiction to hear the merits of the instant dispute has been questioned by all respondents”¹⁹⁹.

Questa soluzione – a mio avviso pienamente condivisibile – si giustifica, oltre che per il motivo appena individuato, anche perché a differenza delle misure cautelari analizzate in precedenza la *security for costs* viene quasi esclusivamente richiesta dal convenuto, ossia lo stesso soggetto che solitamente eccepisce l’incompetenza degli arbitri. Ne discende che se la semplice proposizione dell’eccezione di incompetenza fosse sufficiente ad impedire l’analisi di un’istanza di *cautio pro expensis*, il convenuto sarebbe posto dinnanzi a un bivio dovendo scegliere in quale modo tutelare la propria posizione nel corso del procedimento arbitrale. Poiché è però evidente che l’eccezione di incompetenza e l’istanza di *cautio pro expensis* assolvono funzioni diverse – invero il convenuto potrebbe temere di non recuperare le spese dell’arbitrato anche laddove questo si concluda con un lodo che dichiari l’incompetenza degli arbitri – sarebbe inopportuno ritenere che esse si escludano reciprocamente.

Discorso più complesso è quello che riguarda il *fumus boni iuris*. Su questo punto giurisprudenza e dottrina si dividono tra chi ritiene che si debba prendere in considerazione la probabilità (*prima facie*) di successo nel merito della parte istante²⁰⁰ e chi, invece, considera irrilevante, se non

¹⁹⁷ Arbitrato *Swiss Chambers’ Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportato), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 49, § 4.4.3.

¹⁹⁸ Cfr. LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., § 24-78; BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3101-3102. Il potere dei tribunali arbitrali di decidere sui costi anche laddove l’arbitrato si concluda con una dichiarazione di incompetenza va affermato – a maggior ragione – nelle ipotesi in cui le parti si siano vincolate, mediante la sottoscrizione dei *terms of reference* (cfr. art. 23 Regolamento ICC) o documenti simili, al deferimento in arbitri della questione di competenza (cfr. *Austin John Montague v. Commonwealth Development Corporation*, Supreme Court of Queensland, Court of Appeal Division, Appeal no. 8159 of 1999, DC no. 29 of 1999, 27 giugno 2000, in *Y.C.A.* vol. XXVI, 2001, p. 744-748).

¹⁹⁹ Arbitrato *Swiss Chambers’ Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportato), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 53, § 5.2.10-5.2.11.

²⁰⁰ In dottrina, per tutti, REDFERN, O’LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 410 (“*there are three criteria that an international arbitral tribunal should expect to be established before acceding to an application for security for costs: first, that there is a reasonable possibility that the requesting party will succeed in its defence to the claim; [...]*”). In giurisprudenza si vedano l’arbitrato ICC no. 13646, ordinanza processuale no. 3 del 2005, in WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-36 (“*To impose such burden on a party requires more than the ordinary risk that the party ordered to pay may not be willing and may not be easily forced to do so; it requires the existence of special circumstances. Such necessity might be lightened if a very serious likelihood, if not near certainty that the alleged debt exists or will exist could be established*”) e l’arbitrato

inopportuna, tale valutazione²⁰¹. Quella che oggi sembra prevalere è però una posizione intermedia, secondo cui ai collegi arbitrali sarebbe richiesta solo una valutazione sommaria della buona fede o della temerarietà della lite²⁰², a meno che si possa sin da subito chiaramente dimostrare la fondatezza o l'infondatezza delle pretese avanzate nel merito dalle parti²⁰³.

Tanto la tesi che suggerisce di ignorare le probabilità di successo nel merito della controversia quanto la tesi intermedia da ultimo esposta mi paiono poco convincenti. Dall'analisi del *fumus* è

ICC no. 14433, ordinanza processuale dell'ottobre 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 73, § 47. L'importanza di analizzare il *fumus* è sancita anche dall'art. 2 delle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs* ("Taking great care not to prejudge or predetermine the merits of the case itself, arbitrators should consider whether, on a preliminary view of the relative merits of the case, there may be a need for security for costs") ed era sostenuta in precedenza anche dalle corti inglesi, come si evince dal caso *Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd. v. Triplan Ltd.* [1973] 1 Q.B. 609, 623 C.

²⁰¹ In dottrina, tra gli altri, KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 345 ("Is *fumus boni iuris* required [...]? We do not believe that this is a practical requirement"); BERGER, *Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law*, cit., 2010, p. 9 ("this test does not include a *prima facie* assessment of the outcome of the dispute"). In giurisprudenza, cfr. arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera, lodo del 21 dicembre 1998, in *ASA Bulletin* vol. 17(1), 1999, p. 64, § 9 ("il est malaisé de prendre pour référence les chances de succès de la partie qui sollicite le dépôt d'une caution").

²⁰² RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 369-371:

"While the general probability of cost-shifting within the context of the applicable rules seems a useful baseline factor, some problems arise when arbitrators or (especially) judges make a preliminary evaluation of the claimant's chance of prevailing on the merits. [...] One solution, therefore, is to consider the merits of the underlying claims (on both sides, presumably) only in general terms, to establish their bona fides. [...] Indeed, limiting examination of merits to establishing good faith prevents security for costs from becoming a proxy for summary judgment, gives claimants with legally weak but sincerely held grievances a chance to air them fully before the tribunal, and mitigates the semblance of partiality that can come of premature treatment of merits".

Dello stesso avviso sono Gu, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 197-198 e R. MERKIN, L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, 5° ed., infoma law, 2014, p. 149. In giurisprudenza, questa soluzione è stata adottata nell'arbitrato ICC no. 12035, ordinanza processuale del 6 giugno 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 28 ss., § 41 ("the Tribunal finds that arbitrators overcome their normal reluctance to grant security for costs only in cases where the Claimant's case is abusive or extravagant. From this point of view, the Tribunal considers that the party seeking security for costs has to establish that the claim (of the opposing party) appears *prima facie* unjustified or frivolous"); *contra* arbitrato ICC no. 12542, ordinanza processuale del 19 dicembre 2003, in *ASA Bulletin* vol. 23(4), p. 693 e 698, § 41 e 54 ("The *prima facie* unjustified or frivolous character of the action is a criterion seldom discussed in Awards and procedural orders, and even commentators seldom mention such a criterion; however, when they do, they generally reject it as a criterion for ordering security").

²⁰³ Questa è la posizione sposata più di recente dai giudici inglesi, cfr. *Porzelack K.G. v. Porzelack (UK) Ltd.* [1987] 1 W.L.R. 420, 423 E/F:

"Undoubtedly, if it can clearly be demonstrated that the plaintiff is likely to succeed, in the sense that there is a very high probability of success, then that is a matter that can properly be weighed in the balance. Similarly, if it can be shown that there is a very high probability that the defendant will succeed, that is a matter that can be weighed. But for myself I deplore the attempt to go into the merits of the case, unless it can clearly be demonstrated one way or another that there is a high degree of probability of success or failure".

Un'apertura ancora più limitata all'analisi del *fumus* si evince dal caso *Diag Human SE v. The Czech Republic* [2013] EWHC 3190 (Comm), § 42(iii) del transcript ufficiale: "I was barely invited to, and do not, carry out any consideration of the merits, with a view to concluding that one side or the other is highly likely to succeed".

infatti possibile ricavare informazioni preziose per decidere se concedere o meno una *security for costs*. Per esempio, laddove la parte istante (generalmente il convenuto) dimostri che le probabilità di accoglimento delle domande dell'attore sono ridotte, il tribunale sarà più incline a concedere una *cautio pro expensis*. Diversamente, se le probabilità di accoglimento delle pretese attoree sono elevate, gli arbitri saranno meno propensi a concedere una *security for costs* poiché si rischierebbe di privare l'attore di un'azione potenzialmente meritevole di tutela²⁰⁴. Queste indicazioni andrebbero perse se l'analisi del *fumus* fosse circoscritta a considerazioni sulla buona fede e temerarietà dell'azione, ovvero addirittura eliminata.

Ciò premesso, è a mio avviso necessario riconoscere che un'indagine del *fumus* limitata alla valutazione delle probabilità di successo nel merito delle parti sarebbe inadeguata alle finalità perseguite dalla *security for costs*. Invero, poiché la *cautio pro expensis* mira a garantire la rifusione delle spese, l'analisi del *fumus* condotta dagli arbitri dovrà spingersi fino a considerare se la parte istante può effettivamente ottenere una rifusione delle spese al termine del procedimento.

Se si eccettuano le ipotesi in cui la condanna alle spese prescinde dall'esito della controversia – si pensi ai casi in cui il lodo non liquida le spese in favore della parte vincitrice a causa della sua condotta processuale impropria²⁰⁵ –, quest'indagine richiede due passaggi logici. Il primo è necessario per stabilire se può trovare applicazione il principio di soccombenza²⁰⁶, come chiaramente illustrato dal tribunale nel caso ICC no. 11405²⁰⁷. Successivamente, qualora si dia risposta affermativa a tale quesito, bisognerà indagare con una valutazione sempre di carattere sommario (*prima facie*) se la parte ricorrente ha probabilità di prevalere nel merito della controversia e, dunque, ottenere anche la rifusione delle spese in ragione della *loser pays rule*.

In conclusione, l'indagine del *fumus* continua a rivestire un ruolo centrale nell'ambito della *security for costs* ma si caratterizza, come sottolineato dalla dottrina più attenta, per avere una natura atipicamente bifasica²⁰⁸.

²⁰⁴ RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 369.

²⁰⁵ Cfr. art. 38(5) del Regolamento ICC; art. 49(6) Regolamento SCC; e art. 28(4) Regolamento LCIA.

²⁰⁶ Vuoi perché imposto da un accordo delle parti (incluso mediante il riferimento a un regolamento arbitrale), vuoi – in assenza di un accordo delle parti – perché richiesto dalla *lex arbitri*, vuoi, ancora, perché gli arbitri sono orientati a esercitare il potere discrezionale attribuitogli in materia di liquidazione dei costi applicando il principio di soccombenza.

²⁰⁷ Arbitrato ICC no. 11405, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 17(2), 2006, p. 96, § 28: “*In this case, the relief requested by the Claimants could possibly be considered if it would appear likely that it should be decided at the end of the proceedings that [Respondent] should bear the legal costs incurred by the Claimants. This is not the case, at least at this stage of the arbitration proceedings [...]*”.

²⁰⁸ RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 371 (“*Thus, a two-part analysis of cost-shifting rules and assessment of bona fides (or the presence of a prima facie case) could be a useful factor in deliberations over security for costs requests*”); REDFERN, O’LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 410 (“*there are three criteria that an international arbitral tribunal should expect to be established before acceding to an application for security for costs: first, that there is a reasonable possibility that the requesting party will succeed in its defence to the claim; second, if the requesting party does succeed in its defence, that it is likely to be awarded costs; [...]*”).

Così come per il *fumus boni iuris*, anche in relazione al *periculum in mora* non vi è unanimità di pensiero. Una parte minoritaria della dottrina più autorevole ritiene infatti che la parte richiedente una *security for costs* non debba dimostrare l'imminenza di un pregiudizio serio (o irreparabile)²⁰⁹. Mi pare che questa soluzione sia difficilmente condivisibile. Affinché un tribunale possa decidere se concedere o rigettare un'istanza di *security for costs* dovrà necessariamente indagare se, sulla base delle circostanze del caso concreto e delle prove presentate dalle parti, vi sia un rischio effettivo per la parte istante di non ottenere la rifusione delle spese²¹⁰. Come illustrato in precedenza, quest'analisi si compone di due profili: uno di carattere temporale (imminenza del pregiudizio ovvero urgenza della misura richiesta) e uno di carattere quantitativo (relativo all'intensità del pregiudizio).

Quanto all'intensità del pregiudizio, alcuni tribunali richiedono che la parte che domanda una *security for costs* dimostri l'irreparabilità del danno²¹¹. Come già accennato, questo standard mi pare inappropriato, specialmente se interpretato in senso letterale. Sarebbe infatti eccessivo richiedere la dimostrazione dell'assoluta impossibilità di ottenere la rifusione delle spese al termine dell'arbitrato sia perché difficilmente si dispone di elementi sufficienti a soddisfare tale onere probatorio, sia perché sarebbe riduttivo tutelare la parte istante nelle sole ipotesi in cui vi è certezza che la controparte non adempierà a un'eventuale condanna ai costi. Mi sembra dunque preferibile l'approccio adottato nell'arbitrato ICC no. 8786, secondo cui gli arbitri devono valutare la serietà del pregiudizio lamentato piuttosto che la sua irreparabilità²¹².

Per quanto concerne, invece, il profilo temporale del *periculum*, difficilmente la valutazione degli arbitri potrà dirsi completa se non considera il momento in cui il pregiudizio lamentato dalla parte istante si verificherà. Solo nei casi in cui il rischio di non ottenere la rifusione dei costi si materializza durante la pendenza del procedimento arbitrale il pregiudizio sarà sufficientemente imminente da giustificare la *security for costs*. Questo pensiero è condiviso da molti tribunali che considerano indispensabile l'analisi dell'urgenza al fine di decidere su istanze di *cautio pro expensis*²¹³.

Venendo, da ultimo, al *balancing of interests* tra le posizioni delle parti in causa, è ampiamente

²⁰⁹ Si veda BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2473: "Similarly, [...] applications for security for legal costs typically do not require showings of an urgent risk of irreparable harm".

²¹⁰ I criteri solitamente impiegati dalla giurisprudenza nel condurre questa valutazione sono illustrati nel Capitolo V. Tra questi rientrano: le difficoltà patrimoniali, economiche e/o finanziarie della parte cui richiesto di prestare la *cautio pro expensis*, il suo comportamento in mala fede volto a ostacolare l'*exequatur* di un'eventuale condanna alle spese, e il ricorso al c.d. "third-party funding" quando aumenti il rischio del ricorrente di non ottenere la ripetizione delle spese.

²¹¹ Cfr. arbitrato ICC no. 8113, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 65 ss.; arbitrato ICC no. 14433, ordinanza processuale dell'ottobre 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 73-74, § 47 e 49; arbitrato *Swiss Chambers' Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportata), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 55, § 6.3.3.

²¹² Arbitrato ICC no. 8786, lodo non definitivo del 1996, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), 2001, p. 751 ss., § 12.

²¹³ Si vedano, *ex multis*, arbitrato ICC no. 6697 (*Casa v. Cambior*), lodo parziale del 26 dicembre 1990, in *Rev. Arb.* 1992(1), p. 144; arbitrato ICC no. 8113, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 65 ss.; arbitrato ICC no. 14433, ordinanza processuale dell'ottobre 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 73-74, § 47 e 49.

accettato che questa operazione debba essere condotta dagli arbitri anche per decidere sulle istanze di *security for costs*, come peraltro si evince dall'art. 38(2)(iii) del Regolamento SCC e dagli artt. 1(2)(iii) e 4 delle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs*. Come anticipato in precedenza, una delle peculiarità della *security for costs* risiede precisamente nel fatto che essa richiede una delicata operazione di bilanciamento tra l'interesse della parte istante ad ottenere una garanzia per la rifusione delle spese in caso di vittoria dell'arbitrato e l'interesse della controparte di accesso alla giustizia arbitrale senza eccessivi ostacoli, quale potrebbe rivelarsi la prestazione di una garanzia²¹⁴. Questo concetto è stato espresso chiaramente nell'arbitrato ICC no. 15218:

“it must be recalled that security for costs in international arbitration is first and foremost an issue about the conflict between the (insolvent) plaintiff's right to have access to arbitral justice on the one hand and the defendant's interest to have a reasonable chance of being able to enforce a future cost award issued in its favour on the other. Deciding on an application for security for costs is therefore about the task of arbitral tribunals to balance these two conflicting interests against each other and about determining, on the basis of all relevant circumstances of the case, which of them shall prevail over the other”²¹⁵.

III.B.3 Conclusione sulla qualificazione autonoma della security for costs: una misura cautelare sui generis

Alla luce di quanto sopra illustrato si può dunque concludere che, applicando il metodo della qualificazione autonoma, la *security for costs* verrà classificata come una misura cautelare.

Non solo le finalità perseguite ne mettono in luce il carattere conservativo equiparabile a quello dei provvedimenti cautelari destinati a facilitare l'adempimento dei lodi arbitrali *ex art. 17(2)(c)* della Legge Modello UNCITRAL e art. 26(2)(c) del Regolamento UNCITRAL 2010, ma l'indagine condotta dagli arbitri per la concessione di una *cautio pro expensis* passa necessariamente attraverso la valutazione dei presupposti tipici delle misure cautelari nell'arbitrato internazionale: competenza *prima facie*, *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e *balancing of interests*.

A ciò si aggiunge che, come opportunamente osservato nell'arbitrato ICC no. 6697 e dalla Corte Suprema inglese nel caso *Coppée Lavalin v. Ken-Ren*²¹⁶, la *security for costs* per sua natura possiede un'altra caratteristica tipica delle misure cautelari: il carattere provvisorio. La provvisorietà risiede nel fatto che una volta accolta l'istanza di *security for costs* gli arbitri ne determineranno le sorti nel lodo finale, come richiesto peraltro dall' art. 6 delle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs*. In linea generale, se la parte chiamata a prestare *cautio pro expensis* è condannata al pagamento delle spese arbitrali, la parte vincitrice sarà autorizzata ad

²¹⁴ Si vedano *supra* le n. 42-44 e il testo di riferimento.

²¹⁵ Arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 81, § 17.

²¹⁶ Si vedano *supra* le n. 115-118 e il testo di riferimento.

escutere (in tutto o in parte) la garanzia prestata²¹⁷. Diversamente, nel caso in cui gli arbitri optino per la compensazione delle spese o per la condanna alle stesse della parte che aveva ottenuto la *security for costs*, il tribunale disporrà la restituzione della garanzia²¹⁸.

Appurata la natura cautelare della *security for costs*, va comunque dato atto dell'esistenza di alcune peculiarità che rendono l'istituto in esame una misura cautelare *sui generis*.

Innanzitutto, come visto, nell'analisi del *fumus boni iuris* non trova spazio solo l'indagine delle probabilità di successo delle parti, ma anche l'ulteriore valutazione di quale parte sarà condannata al pagamento delle spese al termine del procedimento. Inoltre, l'operazione di *balancing of interests* chiama in causa considerazioni su temi estremamente delicati, quale l'accesso alla giustizia arbitrale.

A questo si aggiunge che – come si vedrà nel Capitolo V *infra* – i presupposti considerati dai collegi arbitrali per la concessione della *security for costs* sono più numerosi e complessi di quelli individuati in precedenza per le misure cautelari in generale.

Infine, il tratto maggiormente distintivo della *security for costs* risiede nel fatto che la sua mancata prestazione può essere sanzionata direttamente dagli arbitri con la sospensione o l'estinzione del procedimento arbitrale ovvero, in alcuni casi, addirittura con il rigetto delle domande presentate dalla parte inadempiente. Da questo discendono importanti conseguenze. Innanzitutto, la *security for costs* è potenzialmente in grado di determinare l'esito della controversia laddove la parte ingiunta si rifiuti di prestare la garanzia richiesta. Inoltre, sebbene gli arbitri non possano dare attuazione alla *cautio pro expensis* in modo coattivo, essi godono di mezzi fortemente persuasivi per favorire l'adempimento spontaneo ed altresì tutelare la posizione della parte istante senza bisogno di rivolgersi all'autorità giudiziaria²¹⁹. Invero, la parte istante potrà dirsi soddisfatta

²¹⁷ In questo senso, arbitrato ICC (no. non riportato) con sede in Svizzera (*Attore, società libanese c. Convenuto, società tedesca*), lodo finale del 20 aprile 2009, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 46-47, § 177:

“[...] the Arbitral Tribunal:

[...]

(4) Decides to order Claimant to reimburse and pay to Respondent CHF 000,000.85 on account of Respondent's legal and other costs incurred in the arbitration. Consequently, decides to release the security for costs of USD 150,000.00 and to transfer this amount to a bank account to be designated by Respondent to the Sole Arbitrator within 20 days from the receipt of this final Award. Furthermore, declares that on the date of receipt of those USD 150,000.00, they shall be credited to the amount of CHF 000,000.85 so that those CHF 000,000.85 shall reduce by USD 150,000.00 (to be converted into Swiss francs at the conversion rate applicable on the date of receipt on Respondent's account)”.

²¹⁸ Cfr. BERGER, *Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law*, cit., p. 14.

²¹⁹ In proposito, si vedano RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 315 (“*security for costs orders differ from other interim measures in that the former can be implemented directly, without state assistance in enforcement, since the standard enforcement tool is the stay of arbitral proceedings, rather than the seizure of assets or compulsion to take some action*”); GU, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 167; SCHERER, RICHMAN, GERBAY, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules – A User's Guide*, cit., p. 271. Si noti che secondo questi autori sono gli arbitri a dare esecuzione alla *security for costs*. A mio avviso, questa lettura è parzialmente inesatta. Infatti, una cosa è sanzionare l'inottemperanza di un

non solo quando otterrà una garanzia per le sue spese di lite, ma anche quando sarà precluso alla controparte di far valere le proprie pretese nell'arbitrato per via dell'inottemperanza all'ordine di *security for costs*.

Avendo delineato i possibili scenari relativi alla qualificazione della *security for costs*, è ora possibile interrogarsi su chi, tra i giudici della sede e il collegio arbitrale, sia competente a concedere tale misura. Nel rispondere a questo interrogativo la *security for costs* verrà considerata come un provvedimento cautelare poiché tale soluzione, oltre ad essere adottata da alcuni ordinamenti nazionali ed essere preferita dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria, è anche il risultato cui si giunge in caso di ricorso alla qualificazione autonoma.

ordine di *security for costs* sospendendo o dichiarando estinto il procedimento arbitrale; altro invece sarebbe obbligare coattivamente il destinatario dell'ordine di *security for costs* a garantire la copertura delle spese di lite di controparte.

IV. LA COMPETENZA A DECIDERE SULLE ISTANZE DI *SECURITY FOR COSTS*

Individuare l'organo competente a conoscere e statuire su un'istanza di *security for costs* in un procedimento arbitrale internazionale è un compito imprescindibile sia per chi intende proporre l'istanza²²⁰, sia per l'organo giudicante adito.

Come già accennato, in molte circostanze i giudici della sede e gli arbitri godono di competenza concorrente in relazione alle istanze di *security for costs*²²¹. Questo si deve al fatto che la *cautio pro expensis* viene solitamente classificata come un provvedimento cautelare ed è ampiamente accettato – tanto dai legislatori nazionali quanto in dottrina e giurisprudenza – che la tutela interinale possa essere concessa sia dalle corti nazionali che dagli arbitri²²². Da questo discende la necessità di effettuare due analisi separate, distinguendo le ipotesi in cui un'istanza di *cautio pro expensis* è presentata ai giudici della sede (Sezione IV.A) da quelle in cui ad essere adito è il tribunale arbitrale (Sezione IV.B)

Una volta illustrati i principi generali applicabili in entrambi gli scenari, l'attenzione verrà spostata sul nostro ordinamento al fine di determinare se una *cautio pro expensis* possa essere ordinata negli arbitrati internazionali che si svolgono in Italia e, in caso di risposta affermativa, individuare quale sia l'organo competente a concedere tale misura (Sezione IV.C).

IV.A Il potere dei giudici della sede di ordinare *security for costs*

L'analisi della competenza dei giudici della sede a intervenire nel corso di un procedimento arbitrale internazionale per ordinare una *security for costs* non può prescindere, a mio avviso, dalla distinzione tra i casi in cui la sede dell'arbitrato sia fissata in un ordinamento la cui *lex arbitri* disciplina espressamente la *cautio pro expensis* e quelli in cui, invece, la *lex arbitri* non regola la materia.

IV.A.1 Gli ordinamenti in cui la *lex arbitri* disciplina la *security for costs*

Come emerso dalla trattazione dei Capitoli precedenti, sono pochi gli ordinamenti che, ad oggi,

²²⁰ Cfr. RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 317: "The first decision a party must make is whether he will request security from the arbitral tribunal, or from the national courts".

²²¹ I giudici nazionali competenti a concedere misure cautelari in relazione a procedimenti arbitrali internazionali non sono necessariamente solo quelli dell'ordinamento della sede. Per esempio, quando una parte in un procedimento arbitrale vuole bloccare l'escussione della garanzia a prima richiesta emessa dalla banca di uno Stato diverso da quello in cui è fissata sede dell'arbitrato, è verosimile che si rivolgerà per ottenere tutela d'urgenza al giudice dello Stato in cui ha sede la banca, ossia al giudice del luogo in cui dovrà essere eseguita la misura cautelare, non già all'autorità giudiziaria della sede dell'arbitrato. Poiché però è inverosimile che una richiesta di *security for costs* venga presentata al giudice di un ordinamento diverso da quello della sede, il presente scritto farà riferimento esclusivamente al potere cautelare dei giudici della sede.

²²² Cfr. C. BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), sellier. european law publishers, 2011, p. 445; POUURET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., § 611; BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2457, secondo cui la concorrenza competente tra arbitri e giudici nazionale "is deeply-engrained in the contemporary framework for international arbitration and is necessary as a practical matter".

disciplinano espressamente la *security for costs* nella legge sull'arbitrato. Questa è solitamente una prerogativa degli ordinamenti di *common law*, i quali hanno spesso seguito la via tracciata dell'ordinamento inglese dove l'istituto in esame è stato al centro di un importante processo evolutivo.

In passato, la tendenza di questi ordinamenti era quella di attribuire il potere di decidere sulle istanze di *security for costs* esclusivamente all'autorità giudiziaria, in modo analogo a quanto avveniva più in generale per i poteri cautelari²²³.

Tale soluzione è stata accolta sin dagli inizi del XX Secolo dalla giurisprudenza inglese che, nel celebre caso *Unione Stearinerie*, riconobbe la competenza esclusiva delle corti nazionali in materia di *security for costs*, individuando come unica eccezione l'ipotesi in cui le parti avessero espressamente concesso questi poteri agli arbitri:

"The arbitrator doubted whether he had the power to make the order [for security for costs]; and we are told in fact he thought he had not the power. In my judgment he was right, and there is no such power in an arbitrator. He could have been given the power by express agreement between the parties, but it is not suggested that there was any agreement to that effect"²²⁴.

La posizione sostenuta in giurisprudenza è stata poi accolta dal legislatore inglese. Dapprima la sezione 8 dell'*Arbitration Act* del 1934 investì la *High Court* dell'autorità di agire in supporto a un procedimento arbitrale esercitando gli stessi poteri di cui godeva nelle cause di propria competenza, il che includeva la possibilità di ordinare *security for costs*. Analoghi poteri furono successivamente concessi alla *High Court* dalla sezione 12(6)(a) dell'*Arbitration Act* del 1950 che disponeva quanto segue: "*The High Court shall have, for the purpose of and in relation to a reference, the same power of making orders in respect of- (a) security for costs; [...]*"²²⁵.

²²³ Si veda *supra* la Sezione III.B.2(iii).

²²⁴ *Unione Stearinerie Lanza and Weiner, In Re An Arbitration Between* [1917] 2 K.B. 558, 561:

La longevità del principio espresso da questa pronuncia emerge chiaramente dalle parole dell'*House of Lords* nel caso *Bremer Vulcan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp.* [1981] A.C. 909, 946B/F:

"in *In re Unione Stearinerie Lanza and Weiner* [...] the Divisional Court held that an arbitrator had no power to order security for costs. [...]

This decision led to the recommendation [...] that the court, not be it noted arbitrators, should be given power, inter alia, to order security for costs, a provision subsequently enacted in the Act of 1934 and now finding its place in section 12(6)(a) of the Arbitration Act 1950.

It was faintly suggested that we should overrule the *Unione case* [...]. It would completely wrong for us to do so even if I had any doubts (which I have not) as to its correctness. When a decision has been accepted for over 60 years and its consequences remedied by statute, though not so as to give arbitrators power to order security for costs, it would indeed be strange for the Court of Appeal to hold at this late stage that this latter power had always existed".

²²⁵ Nonostante la normativa inglese non prevedesse eccezioni alla competenza delle corti nazionali, la giurisprudenza continuò a riconoscere la possibilità per gli arbitri di statuire sulle istanze di *cautio pro expensis* nei casi in cui tale potere gli fosse stato espressamente attribuito dalle parti, come si evince dalle pronunce *Mavani v. Ralli Brothers Ltd.* [1973] 1 W.L.R. 468, 472F ("*It is settled law that unless a submission to arbitration expressly empowers an arbitral tribunal to order security for costs the tribunal has no such power*") e *Hitachi Shipbuilding*

L'Inghilterra non era tuttavia l'unico ordinamento a ritenere che le istanze di *security for costs* rientrassero nella sfera di competenza pressoché esclusiva dei giudici nazionali. In Nuova Zelanda, per esempio, la sezione 10 della legge sull'arbitrato del 1938 aveva adottato una soluzione identica, riconoscendo la prerogativa dei giudici nazionali sulle istanze di *security for costs* ad eccezione dei casi in cui le parti avessero espressamente riservato tale potere al collegio arbitrale.

Con il diffondersi dell'idea che l'arbitrato, in quanto metodo tipico di risoluzione delle controversie del commercio internazionale, dovesse distinguersi per flessibilità, neutralità e rapidità è andata via via diminuendo l'ingerenza delle corti statali. Questa tendenza ha interessato non solo la tutela cautelare in senso lato, come visto in precedenza²²⁶, ma anche nello specifico la *security for costs*²²⁷.

Anche in questo processo evolutivo le corti inglesi hanno svolto il ruolo di pioniere. Nel già citato caso *Bank Mellat* del 1984, la *Court of Appeal* rigettò un'istanza di *security for costs* ritenendo inopportuno esercitare i poteri attribuitigli dalla sezione 12(6)(a) dell'*Arbitration Act* del 1950 in un arbitrato ICC in cui l'unico elemento di contatto della controversia con l'ordinamento inglese era la sede (fissata a Londra), mentre nessuna delle parti era operativa in Inghilterra:

"I do not think that there can be any doubt that, broadly speaking, the power of our courts under section 12(6)(a) of the Act of 1950 is exceptional on the international arbitral scene.

Conclusion in principle

As it seems to me, the English courts should be slow in applying the jurisdiction to order security for costs in international arbitration unless, in the particular circumstances of each case, there is some more specific connection with this country, as discussed earlier in this judgment, than the mere fact that the parties have agreed that any arbitration is to take place in England. In the present case we are concerned with such an arbitration under the I.C.C. Rules"²²⁸.

Questa soluzione fu accolta favorevolmente in dottrina²²⁹, tant'è che si registrarono reazioni fortemente negative quando invece, nella celebre pronuncia *Coppée Lavalin v. Ken-Ren* del 1994, la *House of Lords* accolse una richiesta di *security for costs* in relazione ad un arbitrato ICC tra parti straniere avente sede a Londra²³⁰. Lo scetticismo generato da questa pronuncia²³¹ fu tale da indurre

and Engineering Co. v. Viafel Compania Naviera S.A. [1981] 2 Lloyd's Rep. 498 ("It is always open to parties to an arbitration agreement to agree to confer power on an arbitrator to order security for costs, and this is sometimes done").

²²⁶ Si veda la Sezione III.B.2(iii) *supra*.

²²⁷ J.-B. PESSEY, *When to Grant Security for Costs in International Commercial Arbitration: the Complex Quest for a Uniform Test*, pubblicato dall'*International Institute for Conflict Prevention & Resolution* il 6 maggio 2011, n. 26 e il testo di riferimento, disponibile su: <https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2011-05-06-when-to-grant-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration-the-complex-quest-for-a-uniform-test-2011-writing-contest-winner>.

²²⁸ *Bank Mellat v. Helleniki Techniki S.A.* [1984] Q.B. 291, 308 E/G.

²²⁹ Cfr. S. COLBRAN, *Security for Costs of Arbitration Proceedings in England, New Zealand and Australia*, in *Arb. Intl.* vol. 9(1), 1993, p. 89.

²³⁰ *Coppée Lavalin S.A. N.V. v. Ken-Ren Chemicals & Fertilisers Ltd. (In Liquidation in Kenya)* e *Voest-Alpine A.G. v.*

il legislatore inglese ad inserire nell'*Arbitration Act* del 1996 il terzo paragrafo della sezione 38 che così recita:

“The tribunal may order a claimant to provide security for the costs of the arbitration. This power shall not be exercised on the ground that the claimant is—
(a) an individual ordinarily resident outside the United Kingdom, or
(b) a corporation or association incorporated or formed under the law of a country outside the United Kingdom, or whose central management and control is exercised outside the United Kingdom”²³².

Questa disposizione, chiaramente volta ad evitare pronunce simili a quella del caso *Coppée Lavalin v. Ken-Ren*²³³, riconosce una competenza quasi esclusiva agli arbitri in materia di *security for costs* e azzera sostanzialmente l'intervento delle corti inglesi sul punto negli arbitrati internazionali. Residua comunque, ai sensi dei prime due commi della sezione 38, la possibilità per le parti di pattuire che gli arbitri siano privi di tale potere²³⁴.

Ken-Ren Chemicals & Fertilisers (In Liquidation in Kenya) [1995] 1 A.C. 38, 66F/67A:

“[...] I agree with Lord Mustill that, while the High Court has a discretion to order security for costs in the case of such an international arbitration, when deciding how it should exercise that discretion the court should place at the forefront of its consideration the fact that arbitration is a consensual process. Accordingly the court should strive to make the consensus effective by identifying, so far as possible, the kind of arbitral process that the parties have either expressly or impliedly indicated that they were contemplating when they entered into the arbitration agreement. However, [...] I find myself in disagreement with him as to the ultimate step of his analysis which determines the outcome of this appeal; that is, as to whether this is a sufficiently exceptional case to justify departing from what should be the normal approach to ordering security for costs in arbitrations of this nature. [...] because I believe that this is a case which, as strongly as any case could, demonstrates as a matter of fairness that there should be security, consider that this is the very exceptional case in which an order should be made”.

²³¹ Cfr., *ex multis*, J. D. M. Lew, *Business and the Law: A Question of Costs*, in *Financial Times (London)*, 28 giugno 1994, p. 14 (“*This decision was based, primarily, on a belief that, if arbitration occurs in England, it must be subject not only to the supervision and control of English courts, but ultimately also to English procedural rules. [...] B]y their approach the Law Lords have placed a disincentive to parties to come to arbitration in England*”) e D. BRANSON, *The Ken-Ren Case: It is an Ado Where More Aid is Less Help*, in *Arb. Intl.* vol. 10(3), 1994, p. 313-316; *contra* B. DAVENPORT QC, *The Ken-Ren Case: Much Ado About Nothing Very Much*, in *Arb. Intl.* vol. 10(3), 1994, p. 303-311. Per una posizione intermedia si veda J. BEECHEY, *International Arbitrations and the Award of Security for Costs in England*, in *ASA Bulletin* vol. 12(2), 1994, p. 179-191.

²³² Una soluzione analoga a quella adottata dalla sezione 38(3) era stata da tempo suggerita dai giudici inglesi, come è evidente dalle parole di Lord Justice Donaldson nel caso *Hitachi Shipbuilding and Engineering Co. v. Viafel Compania Naviera S.A.* [1981] 2 Lloyd's Rep. 498:

“[...] when the law of arbitration is next being revised, consideration should be given to investing arbitrators with a statutory power to order security for costs, to order a stay of proceedings meanwhile and to dismiss the claim if such security is not provided”.

²³³ Cfr. *Gater Assets Ltd v. Nak Naftogaz Ukrainiy* [2007] EWCA Civ 988, § 41 (“*in the 1996 Act, the power of the courts to order security for costs under section 12(6)(a) of the Arbitration Act 1950 was removed and confined to the arbitrators themselves [...]. in this respect the effect of Coppée-Lavalin [...] was reversed by statute*”).

²³⁴ Si vedano TWEEDDALE, TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, cit., § 23.35 (“*Section 38(3) is not a mandatory provision*”) e MERKIN, FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, cit., p. 146 (“*Section 38(1) confers upon the parties the right to define the interlocutory powers of the arbitrators*”). La possibilità per le parti di sottrarre agli arbitri il potere di ordinare *security for costs* emerge chiaramente anche

L'indirizzo inaugurato dall'*Arbitration Act* inglese del 1996 ha riscosso notevole successo tra gli ordinamenti – come detto, poco numerosi – che disciplinano la *security for costs* nella legge sull'arbitrato. In Nuova Zelanda, l'art. 17 della *Schedule 1* della legge sull'arbitrato include questo istituto tra le misure cautelari che possono essere concesse dagli arbitri²³⁵ e la art. 3(1)(d) della *Schedule 2* contiene una presunzione di competenza in favore dei tribunali arbitrali²³⁶. Anche in Australia, dove in precedenza si escludeva che i tribunali arbitrali potessero concedere *security for costs*²³⁷, la nuova sezione 23K della legge sull'arbitrato riconosce la competenza dei giudici non togati a meno che l'applicazione di tale norma non sia stata esclusa dalle parti ai sensi della sezione 22(2)(e). Soluzioni analoghe sono infine adottate dai legislatori di Hong Kong²³⁸, di Singapore²³⁹ e da quello irlandese²⁴⁰.

Alla luce di quanto illustrato si deve dunque concludere che in un arbitrato con sede nei suddetti ordinamenti l'istanza di *security for costs* dovrà generalmente essere presentata al tribunale arbitrale, potendo i giudici nazionali concedere tale misura solo quando la competenza degli arbitri sul punto sia stata espressamente esclusa dalle parti²⁴¹. Affinché ciò si verifichi non è sufficiente, a mio avviso, che le parti abbiano scelto un regolamento arbitrale che attribuisce competenza concorrente in materia cautelare agli arbitri e all'autorità giudiziaria; sarà invece necessaria un'esplicita esclusione della disposizione della *lex arbitri* che attribuisce al tribunale arbitrale la competenza esclusiva per le istanze di *security for costs*.

IV.A.2 Gli ordinamenti in cui la *lex arbitri* non disciplina la *security for costs*

L'indagine sulla competenza dei giudici della sede si complica quando la *lex arbitri* non disciplina

dall'arbitrato ICC no. 14020, ordinanza processuale del novembre 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 67, § 2: "*Section 38.3, on its face, empowers an arbitrator to order 'a claimant to provide security for the costs of the arbitration' unless the parties have agreed otherwise (see Section 38.2)*".

²³⁵ Cfr. S. GREENBERG, C. KEE, J. M. WEERAMANTRY, *International Commercial Arbitration – An Asian Perspective*, Cambridge University Press, 2011, § 7.210.

²³⁶ Ai sensi della sezione 6(2) del *New Zealand Arbitration Act*, la *Schedule 2* trova applicazione negli arbitrati internazionali con sede in Nuova Zelanda solo se le parti hanno espressamente convenuto la sua applicazione. Diversamente, un'istanza di *security for costs* potrà comunque essere concessa dagli arbitri ai sensi dell'art. 17 della *Schedule 1* ma residuerebbe per le parti la possibilità di rivolgersi alle corti neozelandesi in base a quanto previsto dall'art. 9 della medesima *Schedule*.

²³⁷ Cfr. A. BAYKITCH, *Arbitration Law of Australia: Practice and Procedure*, JurisNet, LLC, 2012, p. 97 e la giurisprudenza discussa da COLBRAN, *Security for Costs of Arbitration Proceedings in England, New Zealand and Australia*, cit. p. 92-94.

²³⁸ Si veda la sezione 56(1)(a) della *Hong Kong Arbitration Ordinance* (*Ordinance* no. 17 del 2010, emendata da ultimo con *Ordinance* no. 6 del 2017).

²³⁹ Si veda la sezione 12(1)(a) dell'*International Arbitration Act* che annovera la *security for costs* tra i poteri esercitabili del tribunale arbitrale.

²⁴⁰ Cfr. la sezione 19 dell'*Irish Arbitration Act 2010* (*Act* no. 1 del 2010).

²⁴¹ Emblematico al riguardo è l'ordinamento irlandese dove la sezione 19 dell'*Arbitration Act 2010* attribuisce espressamente ai collegi arbitrali la competenza a decidere sulle istanze di *security for costs* e, contestualmente, la sezione 10(2) impedisce all'autorità giudiziaria di concedere tale misura, ad eccezione delle ipotesi in cui le parti abbiano diversamente convenuto: "[...] *the High Court shall not, unless otherwise agreed by the parties, make any order relating to security for costs of the arbitration*".

la *cautio pro expensis*. In questi casi, assumendo che la *security for costs* venga classificata come un provvedimento cautelare al termine dell'operazione di qualificazione che – come visto nella Sezione III.A.1 – viene svolta dalle corti nazionali secondo le categorie giuridiche della *lex fori*, si dovrà valutare se e in che misura è consentito ai giudici della sede ordinare misure cautelari in supporto ai procedimenti arbitrali.

(i) *Il ruolo delle fonti sovranazionali, della lex arbitri e del diritto interno del foro*

Tralasciando momentaneamente le ipotesi in cui le parti abbiano disposto della competenza in ambito cautelare nella convenzione d'arbitrato, la risposta al quesito in esame va rintracciata nella *lex fori*²⁴².

In primo luogo, il giudice adito è chiamato a valutare l'applicazione di eventuali convenzioni internazionali vigenti nel proprio ordinamento. Preziose informazioni sul punto potrebbero rinvenirsi nella Convenzione di Ginevra del 1961 che, ai sensi dell'art. I(1), trova applicazione nei procedimenti arbitrali tra parti aventi sede o residenti in diversi Stati contraenti e aventi ad oggetto controversie relative al commercio internazionale²⁴³. L'art. VI(4) della Convenzione di Ginevra dispone che “[a] request for interim measures or measures of conservation addressed to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the arbitration agreement, or regarded as a submission of the substance of the case to the court”. L'importanza di questa norma è duplice: da un lato chiarisce che la semplice decisione di rivolgersi a un giudice nazionale per ottenere tutela cautelare non implica né una violazione della convenzione d'arbitrato né una rinuncia alla via arbitrale²⁴⁴; dall'altro permette ai giudici degli Stati contraenti di riconoscere il proprio potere giurisdizionale a emettere misure cautelari in supporto a procedimenti arbitrali internazionali a prescindere dal fatto che una disposizione analoga sia contenuta nella propria *lex arbitri*²⁴⁵.

A differenza della Convenzione di Ginevra, la ben più celebre e diffusa Convenzione di New York non regola invece la tutela cautelare. Ciononostante, alcune pronunce statunitensi avevano originariamente concluso che l'art. II(3) della Convenzione di New York negasse alle parti la possibilità di chiedere provvedimenti tutelari ai giudici nazionali²⁴⁶. Questa interpretazione è stata

²⁴² BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 445. Si veda anche SCHERER, RICHMAN, GERBAY, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules – A User's Guide*, cit., p. 279.

²⁴³ *European Convention on International Commercial Arbitration*, 484 UNTS 349.

²⁴⁴ Di questo avviso sono BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 446 e BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2524.

²⁴⁵ Si veda *Bahia Industrial, S.A c. Eintacar-Eimar, S.A.*, *Audiencia Provincial de Cadiz*, 12 giugno 1991, in *Y.C.A.* vol. XVIII, 1993, p. 616-618 in cui il giudice spagnolo ha affermato la propria competenza cautelare in un arbitrato con sede in Svizzera esclusivamente sulla base dell'art. VI(4) della Convenzione di Ginevra del 1961.

²⁴⁶ Cfr. *McCreary Tire & Rubber Co. v. CEAT, S.p.A.*, 501 F.2d 1032, 1038 (3d Cir. 1974) in cui la Corte d'Appello del Terzo Circuito considerò la richiesta di sequestro come un tentativo di “bypass the agreed upon method of settling disputes. Such a bypass is prohibited by the Convention. [...] The Convention forbids the courts of a Contracting State from entertaining a suit which violates an agreement to arbitrate. [...] Permitting a continued resort to

aspramente criticata in dottrina²⁴⁷ tant'è che, non solo è stata superata dalla giurisprudenza²⁴⁸, ma alcuni legislatori – ad esempio quello dello Stato di New York – si sono spinti fino a codificare il potere dell'autorità giudiziaria di concedere misure cautelari in supporto a procedimenti arbitrati internazionali²⁴⁹. È oggi ampiamente riconosciuto che la Convenzione di New York non impedisce di rivolgersi alle corti nazionali per ottenere tutela cautelare. Tuttavia, a differenza della Convenzione di Ginevra, essa non fornisce nemmeno utili indicazioni sulla giurisdizione e la competenza del giudice adito.

Un'altra norma potenzialmente rilevante per i giudici degli Stati Membri dell'UE è l'art. 35 del Regolamento Bruxelles I-bis²⁵⁰, che attribuisce competenza in materia cautelare ai giudici dell'Unione anche per i casi in cui la competenza nel merito spetta ai giudici di un altro Stato Membro. Sebbene la materia arbitrale sia esclusa dall'ambito di applicazione del Regolamento²⁵¹, nel celebre caso *Van Uden*, la CGUE ha riconosciuto la competenza cautelare delle corti olandesi nonostante la presenza di una clausola compromissoria basandosi sull'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968 (disposizione che corrisponde all'odierno art. 35 del Regolamento Bruxelles I-bis)²⁵². La pronuncia *Van Uden* non solo rileva per l'applicabilità all'arbitrato dell'art. 35 – norma che

foreign attachment in breach of the agreement is inconsistent with [the] purpose [of the New York Convention]". Questa pronuncia è stata poi ripresa da altre corti che, a detta di molti (e.g. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2527-2528 e in particolare la n. 551), hanno distorto il suddetto precedente arrivando ad affermare il seguente principio nel caso *Cooper v. Ateliers de la Motobecane, S.A.*, 442 N.E.2d 1239 (N.Y. 1982):

"The essence of arbitration is resolving disputes without the interference of the judicial process and its strictures. [...] The [New York] Convention has considered the problems and created a solution, one that does not contemplate significant judicial intervention until after an arbitral award is made. The purpose and policy of the [New York] Convention will be best carried out by restricting prearbitration judicial action to determining whether arbitration should be compelled".

²⁴⁷ Cfr., *ex multis*, A. LESING, *Cooper v. Ateliers de la Motobecane S.A.: PreAward Attachment under the New York Convention*, in *Berkeley J. Intl. L.* vol.1(1), 1993, p. 230-253.

²⁴⁸ Cfr. i casi discussi in BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2528 ss.

²⁴⁹ Si veda, in proposito, *New York Civil Practice Law and Rules*, sezione 7502(c):

"The supreme court in the county in which an arbitration is pending or in a county specified in subdivision (a) of this section, may entertain an application for an order of attachment or for a preliminary injunction in connection with an arbitration that is pending or that is to be commenced inside or outside this state, whether or not it is subject to the United Nations convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, but only upon the ground that the award to which the applicant may be entitled may be rendered ineffectual without such provisional relief".

²⁵⁰ Regolamento (UE) no. 1215/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU L351, 20.12.2012, p. 1-32).

²⁵¹ Si veda l'art. 1(2)(d).

²⁵² *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e altri*, sentenza CGUE del 10 novembre 1998, causa C-391/95 (Racc. 1998 p. I-07091), § 24-25:

"24. [...] quando le parti hanno validamente sottratto una controversia derivante da un contratto alla competenza degli organi giurisdizionali statali per attribuirgli ad un arbitro, non vi è, ai sensi della Convenzione [di Bruxelles del 1968], un organo giurisdizionale statale competente nel merito. Ne consegue che una parte di siffatto contratto non ha la facoltà di presentare una domanda al fine di ottenere provvedimenti provvisori o cautelari dinanzi ad un organo giurisdizionale statale competente nel merito in forza della Convenzione.

comunque non per mette di per sé di giustificare la competenza del singolo giudice in quanto non contiene criteri di competenza né “verticali” né “orizzontali”²⁵³ –, ma anche e soprattutto perché la CGUE ha sottoposto a una duplice condizione l’applicazione della disciplina sul riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze dettata dalla Convenzione di Bruxelles alle misure cautelari rese dai giudici dell’Unione durante un arbitrato. In primo luogo, la Corte ha richiesto che l’oggetto della misura cautelare rientri nell’ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione di Bruxelles²⁵⁴. In secondo luogo, ha imposto l’“esistenza di un effettivo nesso di collegamento fra l’oggetto dei provvedimenti [cautelari] richiesti e la competenza territoriale dello Stato contraente del giudice adito”²⁵⁵. Poiché il ragionamento svolto dalla CGUE non era incentrato sulla specifica misura cautelare olandese oggetto della pronuncia pregiudiziale ma aveva, al contrario, portata generale, si deve ritenere che in tutte le circostanze in cui al giudice di uno Stato Membro è richiesto di intervenire in supporto ad un procedimento arbitrale l’applicazione del Regolamento Bruxelles I-bis sarà condizionata ai due requisiti poc’anzi illustrati²⁵⁶.

Una volta determinata l’applicabilità o meno delle fonti normative sovranazionali sopra illustrate, il giudice adito dovrà considerare la disciplina in materia cautelare contenuta nella *lex arbitri*.

In molti ordinamenti, la legge sull’arbitrato si limita ad attribuire competenza concorrente all’autorità giudiziaria e agli arbitri. Questa soluzione è stata adottata, per esempio, in Germania dove la sezione 1033 ZPO sancisce la possibilità per i giudici nazionali – senza però identificare quali – di concedere misure cautelari conservative relative all’oggetto della controversia anche dopo l’inizio del procedimento arbitrale. Previsioni pressoché identiche si rinvencono nelle *leges arbitri* belga²⁵⁷, olandese²⁵⁸ e austriaca²⁵⁹. Anche in Svizzera, nonostante l’art. 183 LDIP non riconosca espressamente la competenza delle corti statali in materia cautelare, è unanimemente accettato che le parti possano rivolgersi ai giudici per ottenere provvedimenti cautelari sia prima che dopo la costituzione del tribunale arbitrale²⁶⁰. Da queste disposizioni l’unica informazione che si ricava ai fini

25. In tal caso, un organo giurisdizionale statale può essere autorizzato, in base alla Convenzione, a disporre provvedimenti provvisori o cautelari soltanto in forza dell’art. 24”.

²⁵³ Cfr., per analogia, il ragionamento svolto sull’art. 31 della Convenzione di Lugano da BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1282. Come vedremo a breve, l’art. 35 del Regolamento Bruxelles I-bis necessita di essere integrato utilizzando i criteri di competenza (verticali e orizzontali) dettati dalla *lex arbitri* e dalla *lex fori*.

²⁵⁴ *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e altri*, sentenza CGUE del 10 novembre 1998, causa C-391/95 (Racc. 1998 p. I-07091), § 34.

²⁵⁵ *Id.*, § 40.

²⁵⁶ Di questo avviso sono POUURET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., § 613; e CARLEVARIS, *Le misure cautelari*, in *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale ed internazionale* (M. V. BENEDETTI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO ed.), cit., Parte II, Titolo VIII, Sezione 17, § IX(2) (in corso di pubblicazione).

²⁵⁷ Art. 1683 *Code judiciaire*.

²⁵⁸ Art. 1022a del Codice di procedura civile olandese.

²⁵⁹ Sezione 585 del Codice di procedura civile austriaco.

²⁶⁰ Cfr. VON SEGESSER, BOOG, *Interim Measures*, in (E. GEISINGER, N. VOSER ed.), cit., p. 125; BOOG, *Commentary on Chapter 12 PILS, Article 183*, in *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (M. ARROYO ed.), cit., p. 122;

che qui più interessano è la possibilità astratta per le parti di rivolgersi all'autorità giudiziaria²⁶¹. Non si rinvergono, invece, indicazioni né su quale giudice sia effettivamente competente né sul se la *security for costs* rientri tra le tipologie di provvedimenti che possono essere concessi²⁶².

Più utile, sebbene non risolutivo, è l'art. 17J della Legge Modello UNCITRAL (versione 2006) che, da un lato, stabilisce espressamente che la tutela cautelare può essere richiesta ai giudici di ordinamenti diversi dalla sede, ma anche qui senza individuare con esattezza quali; e, dall'altro, rinvia alla *lex fori* del giudice adito per identificare le tipologie di provvedimenti cautelari adottabili.

Una menzione particolare meritano l'ordinamento spagnolo e quello francese. L'art. 8(3) della *Ley de arbitraje* spagnola²⁶³ si distingue dalle norme appena illustrate in quanto individua due criteri di competenza per territorio, attribuendo poteri cautelari ai giudici del luogo di esecuzione del lodo o, nel caso in cui sia possibile individuarlo, ai giudici del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare. Questa norma è stata però criticata perché, a fianco ai due suddetti criteri "orizzontali", non prevede alcuno "verticale", lasciando così aperta la questione su quale sia effettivamente il giudice da adire²⁶⁴. Delle indicazioni preziose sulla competenza cautelare si rinvergono anche nell'art. 1449 NCPC che ammette la proposizione di ricorsi cautelari al *président du tribunal de grande instance ou de commerce* prima della costituzione del tribunale arbitrale²⁶⁵. Tuttavia, anche questa previsione non può dirsi risolutiva in quanto – in maniera perfettamente complementare rispetto alla normativa spagnola – detta un criterio di competenza "verticale" ma omette di stabilirne uno "orizzontale".

Alla luce di quanto illustrato si evince che le convenzioni internazionali in materia d'arbitrato, la

POUDRET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., § 611; e WIRTH, *Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*, cit., p. 42-43.

²⁶¹ Solitamente le leggi nazionali sull'arbitrato non individuano nemmeno i presupposti per la concessione delle misure cautelari né i provvedimenti concedibili (cfr. *supra* la n. 144 e il testo di riferimento).

²⁶² Con riferimento all'ordinamento svizzero, cfr. BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1268: "*PILS, Art.183(2) [...] does not, however, determine which court has local jurisdiction*". Con riferimento all'ordinamento tedesco, si veda R. H. KREINDLER, J. SCHMIDT, *Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1033 – Arbitration Agreement and Interim Measures by Court*, in *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (K.-H. BÖCKSTIEGEL, S. M. KRÖLL ET AL. ed.), 2° ed., Kluwer Law International, 2015, p. 134: "*§ 1033 ZPO does not concern the jurisdiction of the court. Rather, the court's international, local and subject matter jurisdiction (respectively) are to be assessed and, if at all, affirmed pursuant to the general rules respecting such matters*".

²⁶³ Ley no. 60 del 23 dicembre 2003.

²⁶⁴ Cfr. C. GONZÁLEZ-BUENO, *Spanish Arbitration Act, Article 8*, in *The Spanish Arbitration Act: A Commentary* (C. GONZÁLEZ-BUENO ed.), Dykinson, S.L., 2016, p. 49 secondo cui la questione si risolverebbe facendo rientrare i ricorsi cautelari proposti a margine di un procedimento arbitrale nella competenza residuale dei giudici di primo grado.

²⁶⁵ Art. 1449 NCPC:

"(1) L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire.

(2) Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage".

disciplina comunitaria e le *leges arbitri* sono generalmente insufficienti per determinare la competenza dei giudici della sede in ambito cautelare. Queste norme sono spesso fonte di potere giurisdizionale – si pensi all’art. VI(4) della Convenzione di Ginevra o all’art. 35 del Regolamento Bruxelles I-bis – e, nella migliore delle ipotesi, forniscono informazioni parziali sulla competenza – e.g. art. 8(3) della *Ley de arbitraje* spagnola ed art. 1449 NCPC –; ma in nessun caso saranno sufficienti per stabilire se un giudice della sede ha il potere di ordinare una *security for costs* in supporto a una procedura arbitrale internazionale. Per trovare risposta al quesito in esame è dunque necessario rivolgersi al diritto interno del foro. La *lex fori* fornisce innanzitutto i criteri per determinare il potere giurisdizionale e la competenza qualora non siano rinvenibili nelle fonti analizzate in precedenza²⁶⁶. Inoltre, la *lex fori* disciplina i requisiti necessari per la concessione delle misure d’urgenza²⁶⁷, le regole procedurali applicabili durante il procedimento cautelare²⁶⁸, nonché gli eventuali rimedi esperibili contro i provvedimenti interinali²⁶⁹. La *lex fori*, infine, riveste un ruolo centrale anche per determinare le tipologie di misure provvisorie che possono essere concesse in supporto ai procedimenti arbitrali, questione decisamente importante ai presenti fini poiché permette di valutare se la *security for costs* rientri o meno nel novero²⁷⁰. La rilevanza del diritto interno per determinazione le tipologie di provvedimenti cautelari ammissibili è talvolta stabilita dalla *lex arbitri*, come avviene ad esempio ai sensi dell’art. 17J della Legge Modello UNCITRAL e dell’art. 183(2) LDIP. Anche quando la *lex arbitri* non contiene un rinvio al diritto interno del foro, la sua rilevanza è pacifica²⁷¹. Va però segnalato che, secondo alcuni studiosi, la determinazione delle tipologie di provvedimenti cautelari ammissibili deve basarsi anche sulla *lex causae*, il che permetterebbe di armonizzare la tutela cautelare con quella di merito, essendo la prima solitamente strumentale alla seconda²⁷². A mio avviso, è certamente auspicabile che le corti

²⁶⁶ Di questo avviso sono CARLEVARIS, *Le misure cautelari*, in *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale ed internazionale* (M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO ed.), cit., Parte II, Titolo VIII, Sezione 17, § V(1) (in corso di pubblicazione); BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 445 e 457. Per l’ordinamento svizzero, si vedano BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1268: “PILS, Art.183(2) [...] does not, however, determine which court has local jurisdiction. We consider that this gap may, and in fact should, be filled by taking guidance from PILS, Art.10 or CCP, Art.13. These provisions state that, for provisional measures sought from Swiss courts, either the court of first instance (*forum actionis*) or the court of the place where the measure must be enforced (*forum executionis*) shall have local jurisdiction. [...] As far as subject-matter jurisdiction is concerned, the applicable cantonal law at such place is decisive; see CCP, Art.4”).

²⁶⁷ Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2551; BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 452-453 e 457, che precisa che l’indagine del *fumus boni iuris* vada condotta invece sulla base della *lex causae*.

²⁶⁸ BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 454 e 457.

²⁶⁹ BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1283.

²⁷⁰ Come visto nella Sezione III.B.2(iii), le leggi nazionali sull’arbitrato solitamente non individuano le tipologie di provvedimenti cautelari che possono essere concessi durante un procedimento arbitrale.

²⁷¹ Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2551-2552.

²⁷² Si vedano in proposito POUURET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., § 6123; BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F.

nazionali tengano in considerazione la legge applicabile al merito della controversia quando siano chiamate ad adottare provvedimenti cautelari in supporto ad un procedimento arbitrale internazionale. Tuttavia, per quanto desiderabile, questa soluzione non appare sempre realistica, vuoi perché la legge applicabile al merito della controversia potrebbe non essere ancora determinata nel momento in cui viene richiesta la misura cautelare – si pensi all’ipotesi in cui le parti non abbiano individuato la legge applicabile al proprio contratto e il tribunale arbitrale non si sia ancora pronunciato sul punto –, vuoi perché alcuni giudici nazionali potrebbero mostrare delle remore a concedere provvedimenti non riconducibili (o addirittura sconosciuti) al proprio diritto²⁷³.

In conclusione, nei casi in cui la *lex arbitri* non disciplini espressamente la *security for costs*, la competenza del giudice della sede adito a concedere tale misura dipenderà dalle molteplici fonti normative sopra illustrate. Nello scenario più frequente le fonti sovranazionali e la *lex arbitri* serviranno tutt’al più a giustificare il potere giurisdizionale in materia cautelare, fornendo, in rare occasioni, indicazioni sulla competenza verticale ovvero orizzontale. L’indagine della competenza dovrà pertanto essere integrata e completata facendo ricorso al diritto interno del foro. Una volta accertata la propria competenza, il giudice della sede sarà poi chiamato a determinare se la *security for costs* rientra tra le misure che egli può concedere, questione che – come visto – verrà risolta in primo luogo sulla base della *lex fori*, tenendo però in considerazione anche la *lex causae*.

(ii) Il ruolo dell’autonomia delle parti

Ulteriori indicazioni sulla competenza dei giudici nazionali a ordinare *security for costs* si possono rinvenire nella convenzione d’arbitrato che, a seconda delle circostanze, potrebbe ampliare ovvero restringere la competenza dell’autorità giudiziaria, sia mediante una dichiarazione esplicita, sia mediante il richiamo ad un regolamento d’arbitrato contenente disposizioni specifiche sulla *security for costs* (e.g. Regolamento LCIA) ovvero sulla tutela cautelare in senso lato (e.g. Regolamento ICC).

Per determinare l’ammissibilità e la rilevanza di quanto stabilito dalle parti nella convenzione d’arbitrato il giudice adito ricorrerà alla *lex fori*²⁷⁴.

FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 454 (“[...] the *lex causae* is not beyond relevance. There is an increasing tendency in international cases to apply the law governing the merits to interim measures, in order to harmonize an interim measure with the judgment or award on the merits”); BOOG, *Interim Measures in International Arbitration*, in *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (M. ARROYO ed.), cit., p. 1367; BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1284; WIRTH, *Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*, cit., p. 42.

²⁷³ È di questo avviso anche L. LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutelare cautelare*, in *Riv. arb.* 2005(1), p. 461, la quale ammette il ricorso alla *lex causae* solo quando le misure cautelari sono concesse dagli arbitri, mentre nega tale possibilità ai giudici togati, i quali dovrebbero pertanto attenersi alle tipologie di provvedimenti cautelari previste dal proprio ordinamento.

²⁷⁴ Cfr. BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 452: “Whether or not such limitations to national court jurisdiction are admissible is ultimately determined by the *lex arbitri*”. L’utilizzo dell’espressione “ultimately” ben si giustifica a mio avviso, in quanto la validità e la rilevanza di queste disposizioni contrattuali dipendono in prima battuta dalla legge applicabile alla convenzione d’arbitrato.

In linea generale, si può affermare che sono ammissibili agli accordi che ampliano la competenza cautelare dei giudici nazionali. In Francia, per esempio, si ammette che le parti possano convenire la possibilità di richiedere provvedimenti cautelari ai giudici anche successivamente alla costituzione del tribunale arbitrale, nonostante l'art. 1449 NCPC riconosca loro poteri solo prima di tale momento²⁷⁵. Anche in Spagna si ritiene che i criteri di competenza territoriale previsti dall'art. 8(3) della *Ley de arbitraje* siano derogabili²⁷⁶.

La scelta delle parti di ampliare il potere cautelare dei giudici verrà tuttavia disattesa qualora contrasti con norme imperative della *lex fori*, ivi incluse quelle eventualmente contenute nella *lex arbitri*²⁷⁷. Tale contrasto si potrebbe verificare, per esempio, laddove una previsione interna vieti ai giudici nazionali di concedere determinate tipologie di misure cautelari contemplate invece dalla clausola compromissoria o dal regolamento d'arbitrato richiamato, nonché nelle ipotesi in cui la *lex arbitri* riservi inderogabilmente agli arbitri il potere esclusivo di ordinare certi provvedimenti.

Meno pacifica è la sorte della convenzione d'arbitrato che riduce – o addirittura esclude *in toto* – la competenza cautelare attribuita ai giudici nazionali. Secondo alcuni la volontà delle parti dovrebbe sempre prevalere a condizione che sia manifestata in modo chiaro ed esplicito²⁷⁸; secondo altri invece l'autonomia delle parti incontrerebbe dei limiti, soprattutto quando avrebbe l'effetto di privare le parti medesime – anche solo estemporaneamente – di un foro dove ottenere tutela cautelare. Questo scenario si verifica, per esempio, quando le parti decidono di negare competenza cautelare ai giudici anche prima della costituzione del tribunale²⁷⁹, anche se in molti arbitrati istituzionali il rischio dell'assenza di tale foro è oggi scongiurato dalla possibilità di ricorrere

²⁷⁵ Di questo avviso è A. MOURRE, *France*, in *Interim Measures in International Arbitration* (L. W. NEWMAN, C. ONG ed.), JurisNet, LLC, 2014, p. 303.

²⁷⁶ GONZÁLEZ-BUENO, *Spanish Arbitration Act, Article 8*, in *The Spanish Arbitration Act: A Commentary* (C. GONZÁLEZ-BUENO ed.), cit., p. 51.

²⁷⁷ Le norme imperative contenute nella *lex arbitri* dovranno essere considerate anche nei casi in cui ad essere investito del ricorso cautelare sia un giudice diverso da quello della sede, ipotesi che però esula dalla presente trattazione per le ragioni indicate nella n. 221 *supra*.

²⁷⁸ Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2548-2549, il quale ritiene che le parti debbano generalmente essere libere di poter escludere la competenza delle corti statali ma sottolinea al contempo che tale esclusione non possa ricavarsi dalla semplice scelta di un regolamento d'arbitrato che attribuisce potere cautelare agli arbitri. Si vedano inoltre, con riferimento all'ordinamento svizzero, WIRTH, *Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*, cit., p. 40-41; con riferimento all'ordinamento francese, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. GAILLARD, J. SAVAGE ed.), cit., § 1319. Tra gli autori italiani questa possibilità sembra essere ammessa da LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 468.

²⁷⁹ Sul punto si vedano, con riferimento all'ordinamento svizzero, BOOG, *Interim Measures in International Arbitration*, in *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (M. ARROYO ed.), cit., p. 1366-1367 e BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1276, che considerano l'assenza di un foro dove ottenere tutela cautelare in un lasso di tempo ragionevole incompatibile con il diritto fondamentale di accesso alla giustizia ex art. 6(1) della CEDU. Con riferimento, invece, all'ordinamento francese, cfr. G. PLUYETTE, *The Role of the Courts and Problems Related to the Execution of Conservatory and Provisional Measures: The French Perspective*, in *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration* (ICC International Court of Arbitration ed.), 1993, p. 75.

alle procedure arbitrali d'urgenza (c.d. "*emergency arbitrator procedures*")²⁸⁰.

Sul punto mi pare che si debba ammettere la possibilità per le parti di circoscrivere o addirittura eliminare la competenza cautelare dell'autorità giudiziaria, ma solo a condizione che ciò non comporti l'assenza di un foro cautelare e che la volontà delle parti non contrasti con norme imperative contenute nella *lex fori* (e nella *lex arbitri*), circostanza che si potrebbe verificare quando la sede è fissata in un ordinamento che riserva inderogabilmente all'autorità giudiziaria i poteri cautelari²⁸¹.

Quanto ai limiti alla competenza cautelare dei giudici nazionali, questi si possono rinvenire anche nei regolamenti arbitrali richiamati dalle parti. Il Regolamento ICC, per esempio, prevede che le parti possano rivolgersi liberamente all'autorità giudiziaria per ottenere rimedi d'urgenza prima della costituzione del tribunale, ma dopo questo momento il ricorso a tali autorità sarà permesso solo "*in circostanze appropriate*"²⁸². Più stringente è il vincolo imposto dal Regolamento SIAC che permette il ricorso ai giudici statali dopo la costituzione del tribunale solo "*in exceptional circumstances*"²⁸³. Lo stesso limite è imposto dall'art. 25(3) del regolamento LCIA che richiede altresì la previa autorizzazione del tribunale arbitrale per rivolgersi ai giudici²⁸⁴.

Una menzione particolare merita l'art. 25(4) del Regolamento LCIA che impone un limite specifico riguardante la *security for costs*, poiché stabilisce che "*By agreeing to arbitration under the Arbitration Agreement, the parties shall be taken to have agreed not to apply to any state court or other legal authority for any order for security for Legal Costs or Arbitration Costs*". Benché questa norma venga interpretata da parte della dottrina nel senso di attribuire competenza esclusiva agli

²⁸⁰ La possibilità di ricorrere all'arbitro d'urgenza è prevista dall'art. 29 (e dall'Appendice V) del regolamento ICC; dall'art. 9B del Regolamento LCIA; dall'Appendix II del Regolamento SCC; dall'art. 30(2) e dalla *Schedule 1* del Regolamento SIAC; dall'art. 26 del Regolamento CEPANI; dall'art. 23(1) del Regolamento HKIAC; dagli artt. 23(2) e 77(2) e dall'Appendix III del regolamento CIETAC. In dottrina, cfr. VON SEGESSER, BOOG, *Interim Measures*, in (E. GEISINGER, N. VOSER ed.), cit., p. 125 che ammettono l'esclusione del potere cautelare dei giudici nazionali con riferimento all'arbitrato svizzero purché alle parti sia concesso di ricorrere a procedure arbitrali di urgenza prima della costituzione del tribunale.

²⁸¹ Si vedano *supra* le n. 137-139 e il testo di riferimento. Per un'analisi della natura dell'art. 818 c.p.c. si veda *infra* la Sezione IV.C.2(iii).

²⁸² Art. 28(2) del Regolamento ICC. Secondo WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-48 questa limitazione si giustifica in quanto sono gli arbitri ad aver maggiore familiarità con la controversia e dunque si trovano in una posizione migliore per poter decidere se concedere o meno una misura cautelare. Gli autori individuano poi due esempi in cui il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria deve dirsi appropriato: le misure cautelari *inaudita altera parte* e le richieste di "*emergency relief*" (ID., § 28-49). Secondo FRY, GREENBERG, MAZZA, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, cit., § 3-1049 alle due ipotesi appena illustrate si aggiungono i casi in cui la misura cautelari sia richiesta contro terzi e quelli in cui la legge applicabile al merito della controversia impedisca agli arbitri di adottare certe misure cautelari.

²⁸³ Art. 30(3) del regolamento SIAC.

²⁸⁴ Cfr. SCHERER, RICHMAN, GERBAY, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules – A User's Guide*, cit., p. 280-281, secondo cui queste due condizioni cumulative impongono uno standard di onere probatorio elevato tale per cui la competenza dei giudici nazionali è limitata ai casi in cui gli arbitri non possano concedere tutela cautelare in assoluto o, quantomeno, non possano concedere una tutela cautelare efficace. P. TURNER, R. MOHTASHAMI, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2009, § 6.160-6.161 chiariscono che spetta al ricorrente provare al giudice adito che ricorre l'eccezionalità.

arbitri in relazione alla *cautio pro expensis*²⁸⁵, è difficile a mio avviso trarre conclusioni di carattere generale sulla sua portata. L'ammissibilità dell'art. 25(4) deve essere infatti valutata caso per caso dal giudice adito di un'istanza di *cautio pro expensis* e tale valutazione verrà effettuata, trattandosi di una limitazione del potere cautelare dell'autorità giudiziaria, sulla base della *lex fori*. Nessun problema si pone chiaramente negli arbitrati con sede a Londra dal momento che l'*Arbitration Act* del 1996 già prevede la competenza esclusiva degli arbitri in materia di *security for costs*²⁸⁶. Lo stesso dicasi per gli arbitrati LCIA con sede in Nuova Zelanda, Australia, Singapore, Hong Kong ed Irlanda. Tuttavia, la soluzione potrebbe cambiare se la sede fosse stabilita in un ordinamento che non considera la *security for costs* di esclusiva competenza dei tribunali arbitrali o, a maggior ragione, in un ordinamento che non riconosce il potere cautelare degli arbitri²⁸⁷.

IV.A.3 Critica alla competenza concorrente dell'autorità giudiziaria in relazione alla security for costs

Avendo delineato le fonti della competenza dei giudici nazionali a ordinare *security for costs* nei diversi scenari possibili, è ora utile interrogarsi più in generale sull'opportunità che tali poteri vengano attribuiti all'autorità giudiziaria.

La *ratio* della competenza concorrente in materia interinale nell'arbitrato viene spesso individuata nell'impossibilità intrinseca per i tribunali arbitrali di concedere tutela d'urgenza in alcune circostanze. Si argomenta, infatti, che l'intervento delle corti statali è necessario: (i) prima della costituzione del tribunale poiché altrimenti non esisterebbe un foro cui rivolgersi per ottenere provvedimenti d'urgenza²⁸⁸; (ii) quando il provvedimento cautelare deve essere adottato nei confronti di soggetti terzi su cui gli arbitri non possono esercitare la propria autorità²⁸⁹; (iii) quando deve essere resa una misura cautelare *inaudita altera parte*, poiché secondo molti il principio del

²⁸⁵ Di questo avviso sono S. WADE, P. CLIFFORD, J. CLANCHY, *A Commentary to the LCIA Arbitration Rules 2014*, Sweet & Maxwell, 2015, § 25-028: "by agreeing to arbitration under the Rules, the parties forego the right to seek security for costs through the courts". Non manca tuttavia chi ammette per le parti la possibilità di escluderne espressamente l'applicazione dell'art. 25(4) (SCHERER, RICHMAN, GERBAY, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules – A User's Guide*, cit., p. 271).

²⁸⁶ Si veda *supra* la Sezione IV.A.1.

²⁸⁷ La competenza dei giudici italiani di ordinare una *cautio pro expensis* in supporto a procedimenti arbitrali internazionali verrà analizzata in dettaglio nella Sezione IV.C *infra*.

²⁸⁸ Cfr., *ex multis*, BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 7.17 e P. BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, in *Riv. arb.* 1993(1), p. 13-14. Come visto poc'anzi, tuttavia, i regolamenti arbitrali prevedono la possibilità di ricorrere a procedure arbitrali d'urgenza riducendo così la necessità di ricorrere ai giudici nazionali prima della nomina degli arbitri.

²⁸⁹ BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 7.18; LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., § 23-31; BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, cit., p. 14. Si veda, inoltre, CARLEVARIS, *Le misure cautelari*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale* (M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO ed.), cit., Parte II, Titolo VIII, Sezione 16, § II(6) (in corso di pubblicazione), il quale precisa che anche le misure cautelari emesse dagli arbitri potrebbero avere effetti – seppur indiretti – nei confronti di terzi e che, talvolta, "il risultato perseguito dalla misura potrebbe essere realizzato indirettamente, attraverso un provvedimento rivolto alle parti che imponga loro una condotta attiva od omissiva nei confronti del terzo".

contraddittorio e l'assenza di mezzi d'impugnazione nell'arbitrato impediscono agli arbitri di concedere tali misure²⁹⁰; (iv) quando sia necessario dare immediata esecuzione ai provvedimenti cautelari per evitare un danno grave o irreparabile che non può essere scongiurato dagli arbitri per via dell'assenza di poteri coercitivi²⁹¹ – si pensi alle misure cautelari finalizzate alla conservazione di mezzi istruttori o agli ordini per impedire la diffusione di segreti industriali –; e (v) quando l'arbitrato si svolge in un ordinamento che impedisce ai collegi arbitrali di ordinare provvedimenti cautelari²⁹² o le parti hanno imposto dei limiti *ratione materiae* ai poteri cautelari degli arbitri²⁹³.

A bene vedere, tuttavia, molte di queste giustificazioni diventano irrilevanti quando si discute della *cautio pro expensis*.

Innanzitutto, è inverosimile che un ordine di *security for costs* si giustifichi prima della costituzione del tribunale. Va infatti esclusa la possibilità di rivolgersi ai giudici nazionali per ottenere una *cautio pro expensis ante causam* essendo la pendenza di un procedimento arbitrale un presupposto necessario per imporre a una parte di prestare garanzia per la rifusione delle spese di lite della controparte. Anche ipotizzando (*quod non*) l'ammissibilità di un ricorso *ante causam*, le probabilità di successo del ricorrente sarebbero pressoché nulle poiché dovrebbe dare prova di elementi di cui non dispone, quali: l'intenzione del resistente di dare inizio a un procedimento arbitrale – circostanza difficilmente anticipabile se la clausola compromissoria non prevede una fase di negoziazione o mediazione precedente all'arbitrato –; l'applicabilità del principio di soccombenza – circostanza che potrebbe essere rimessa alla discrezionalità degli arbitri –; la probabilità di successo nel merito – che non è di facile dimostrazione dal momento che non è ancora istaurata la controversia e non se ne possono conoscere esattamente gli estremi –; e l'urgenza di ottenere una garanzia per le spese – che difficilmente può essere dimostrata se non è ancora stata instaurata la causa e non vi è modo di prevedere l'esborso che dovrà fronteggiare il ricorrente per difendersi in arbitrato.

Quanto al lasso di tempo che intercorre tra il deposito della domanda d'arbitrato e la costituzione del collegio arbitrale, è anche qui improbabile che una parte possa ottenere una *security for costs* da un giudice nazionale poiché non ricorre l'urgenza che giustifica la concessione di tale misura. Questa potrebbe essere piuttosto richiesta al tribunale non appena costituito, dal momento che si tratta dell'organo meglio posizionato per decidere sulla questione.

²⁹⁰ Per un'illustrazione approfondita del dibattito sull'ammissibilità o meno delle misure cautelari rese *inaudita altera parte* nell'arbitrato internazionale si veda CARLEVARIS, *Le misure cautelari*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale* (M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO ed.), cit., Parte II, Titolo VIII, Sezione 16, § XII (in corso di pubblicazione).

²⁹¹ Si vedano in proposito ID., Parte II, Titolo VIII, Sezione 16, § II(4) (in corso di pubblicazione); BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2544; BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 7.19.

²⁹² BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 7.16.

²⁹³ CARLEVARIS, *Le misure cautelari*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale* (M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO ed.), cit., Parte II, Titolo VIII, Sezione 16, § X (in corso di pubblicazione).

In secondo luogo, va escluso che una richiesta di *cautio pro expensis* possa essere indirizzata a terzi che non sono soggetti all'autorità del tribunale arbitrale. Per definizione, infatti, la *security for costs* viene richiesta da una parte (solitamente il convenuto) nei confronti della controparte (solitamente l'attore)²⁹⁴.

In terzo luogo, è da escludere che possa ammettersi un'istanza per la concessione di una *security for costs* senza l'istaurazione del contraddittorio tra le parti. Invero, le istanze cautelari *inaudita altera parte* si giustificano solo quando l'istaurazione del contraddittorio potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento in danno al ricorrente. Questa circostanza non può però riguardare la *security for costs* giacché un'eventuale inottemperanza comporterebbe la sospensione o l'estinzione del procedimento arbitrale (se non addirittura il rigetto delle domande presentate dalla parte inadempiente) che non danneggia il ricorrente, semmai lo avvantaggia.

Da ultimo, l'argomento che il ricorso all'autorità giudiziaria in materia cautelare si giustifica per l'assenza di poteri coercitivi dei tribunali arbitrali non rileva con riferimento alla *security for costs*. Infatti, sebbene gli arbitri non godono dei poteri coercitivi necessari per costringere il destinatario di tale misura a prestare una garanzia a tutela delle spese di lite di controparte, la possibilità di sospendere o addirittura dichiarare estinto il processo a causa della mancata prestazione della cauzione sarà sufficiente a tutelare la posizione della parte istante senza bisogno di rivolgersi all'autorità giudiziaria.

Alla luce di quanto appena illustrato si può dunque concludere che il ricorso alle corti statali per ottenere una *cautio pro expensis* in relazione a procedimenti arbitrali non è giustificato se non nelle rare ipotesi in cui l'arbitrato si svolge in un ordinamento che impedisce agli arbitri di ordinare provvedimenti cautelari o in cui le parti hanno imposto dei limiti *ratione materiae* ai poteri cautelari degli arbitri²⁹⁵. Mi pare dunque condivisibile la scelta dei legislatori degli ordinamenti di *common law* analizzati nella Sezione IV.A.1, nonché dell'art. 25(4) del Regolamento LCIA, di considerare la *security for costs* una prerogativa degli arbitri, salvo ammettere la possibilità per le parti di derogare a questa disciplina. È inoltre auspicabile che questa soluzione sia adottata in futuro da altri legislatori che intendano regolare la *cautio pro expensis* nella propria *lex arbitri* nonché dalle maggiori istituzioni arbitrali nei propri regolamenti, in quanto ciò chiarirebbe definitivamente l'organo competente a concedere istanze di *security for costs* evitando ingerenze potenzialmente dannose dell'autorità giudiziaria nei procedimenti arbitrali.

²⁹⁴ Si veda *supra* la Sezione II.B. Si noti che benché la parte istante sia l'unica nei cui confronti un ordine di *security for costs* fa insorgere delle obbligazioni, non necessariamente essa dovrà adempiervi in prima persona, ben potendo invece presentare una garanzia rilasciata da un soggetto terzo, quale una banca, una società controllante o un *third-party funders* (per una discussione sulle forme in cui la *cautio pro expensis* può essere prestata si veda *infra* il Capitolo VI).

²⁹⁵ È di questo avviso anche RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 319.

IV.B Il potere dei tribunali arbitrali di ordinare *security for costs*

Appurato che in relazione alla *security for costs* raramente si giustifica la competenza dei giudici nazionali²⁹⁶, è necessario stabilire quale sia il fondamento dell'autorità degli arbitri a conoscere e conseguentemente decidere su un'istanza di *cautio pro expensis*.

Analogamente a quanto visto con riferimento all'autorità giudiziaria, anche l'indagine della legge applicabile alle misure cautelari richieste agli arbitri presenta molteplici sfaccettature. Si deve infatti escludere che esista un'unica legge applicabile in grado di dare risposta a tutte le possibili problematiche; al contrario, ciascuna delle questioni che si presentano richiede solitamente un'indagine autonoma sul diritto applicabile.

Innanzitutto, il collegio arbitrale dovrà determinare se è competente a conoscere e decidere su un'istanza di *security for costs* e se tale provvedimento rientra tra le tipologie di misure cautelari che possono essere concesse nel caso concreto, problematiche a cui è dedicata la presente Sezione. Un'analisi separata sarà poi condotta nel Capitolo V per individuare la legge applicabile ai presupposti per la concessione della *security for costs*²⁹⁷.

Nonostante il potere degli arbitri di concedere *security for costs* sia spesso oggetto di indagine nelle ordinanze processuali e nei lodi che decidono sulle istanze di *cautio pro expensis*, un attento esame della giurisprudenza arbitrale evidenzia l'assenza di un approccio uniforme. In alcuni casi i tribunali arbitrali si rifanno alla *lex arbitri*²⁹⁸, in altri al regolamento d'arbitrato richiamato nella clausola compromissoria²⁹⁹; infine, più di frequente, vengono considerate entrambe le fonti normative ma senza stabilire una gerarchia tra di esse³⁰⁰. In ipotesi isolate, infine, gli arbitri hanno

²⁹⁶ Fanno eccezione, come detto, le rare ipotesi in cui l'arbitrato si svolge in un ordinamento che impedisce agli arbitri di ordinare provvedimenti cautelari o in cui le parti hanno pattuito dei limiti *ratione materiae* alla competenza cautelare degli arbitri.

²⁹⁷ Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2457-2458 che sottolinea la necessità di compiere due indagini distinte per individuare, da un lato, la legge applicabile al potere cautelare e, dall'altro, quella applicabile ai presupposti per la concessione del provvedimento cautelare:

“Relatively little attention has been devoted to the question of what law applies to determine an arbitral tribunal’s power to grant provisional measures in an international arbitration. Preliminarily, the law governing the tribunal’s power to grant provisional measures is to be distinguished from the law governing the standards applicable to a grant of provisional measures”.

La distinzione tra questi due indagini emerge anche dal ragionamento svolto dal tribunale nell'arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 18, in PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, cit., p. 405.

²⁹⁸ Cfr. arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Mr. X c. Mrs. Y*), decisione del 17 maggio 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 16-18, § 10-17.

²⁹⁹ Si vedano, a titolo esemplificativo, arbitrato ICC no. 6697 (*Casa v. Cambior*), lodo parziale del 26 dicembre 1990, in *Rev. Arb.* 1992(1), p. 140-141; arbitrato ICC no. 7489, lodo finale (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 8(2), 1999, p. 68 ss., § 9; arbitrato ICC no. 14661, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 75, § 7(i); arbitrato ICC no. 15951, ordinanza processuale no. 2 del 29 maggio 2009, in *ASA Bulletin* vol. 28(21), 2010, p. 74-75, § 2.1.

³⁰⁰ Cfr., *ex multis*, arbitrato ICC no. 8113, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 65 ss.; arbitrato ICC no. 14020, ordinanza processuale del novembre 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 67, § 1-6; arbitrato ICC no. 14355, ordinanza processuale del gennaio 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 71; arbitrato ICC no. 14433, ordinanza processuale dell'ottobre 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 -

dato rilievo anche al diritto processuale interno della Stato della sede³⁰¹.

In assenza di uniformità, è necessario a mio avviso stabilire una gerarchia tra le fonti normative potenzialmente rilevanti, sì da evitare incertezze nei casi in cui conducano a soluzioni diverse (si pensi al caso in cui il regolamento d'arbitrato riconosce la competenza degli arbitri a ordinare *security for costs* ma la *lex arbitri* riserva ogni potere interinale all'autorità giudiziaria).

La ragione principale per cui molti tribunali arbitrali analizzano la propria competenza in relazione alla *cautio pro expensis* alla luce della *lex arbitri* è la diffusa tendenza a classificare queste istanze come una questione processuale³⁰². Si ritiene infatti che i poteri processuali degli arbitri siano di norma regolati dalla legge sull'arbitrato dell'ordinamento della sede, il quale viene di conseguenza ritenuto "*the most natural legal system governing the powers of an arbitral tribunal*"³⁰³.

Per quanto la *lex arbitri* sia certamente una delle fonti principali dei poteri cautelari degli arbitri – ivi incluso del potere di concedere *cautio pro expensis* –, un'analisi ad essa circoscritta sarebbe a mio avviso incompleta. Invero, l'attenzione degli arbitri dovrebbe volgersi innanzitutto alla convenzione d'arbitrato, giacché questa potrebbe attribuire agli arbitri poteri cautelari in senso lato oppure, specificamente, il potere di concedere *security for costs*³⁰⁴. Questo potrebbe avvenire in due modi: esplicitamente, ossia mediante una dichiarazione espressa nella clausola compromissoria³⁰⁵, oppure implicitamente, cioè attraverso il rinvio a un regolamento arbitrale che

Supplement, 2014, p. 73, § 40-42; arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 80, § 12; arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 18, in PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, cit., p. 405; arbitrato *Swiss Chambers' Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportato), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 52-53, § 5.2.1-5.2.11.

³⁰¹ Arbitrato ICC no. 14433, ordinanza processuale dell'ottobre 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 73, § 40 ("*English procedural law, although not binding on the Sole Arbitrator, also provides for the granting of security for costs*").

³⁰² Si vedano, in proposito, l'arbitrato ICC no. 12542, ordinanza processuale del 19 dicembre 2003, in *ASA Bulletin* vol. 23(4), p. 690, § 34: "[...] *Security for costs has traditionally been regarded as a procedural issue in Swiss law*" e l'arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 8, in PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, cit., p. 405: "*It is generally admitted that the law governing the power of an arbitral tribunal to order provisional measures is that of the seat of the arbitration or the procedural law that the parties have chosen to govern the proceedings*". Cfr. inoltre J. VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, 2016, p. 334, secondo cui il potere dei tribunali arbitrali di ordinare *security for costs* dipende dal "*applicable procedural framework*" dell'arbitrato.

³⁰³ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2459. Più in generale, con riferimento alle misure cautelari, si veda LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., § 23-9: "*The power to order interim relief is generally classified as a matter of procedure and therefore governed primarily by the law governing the arbitration*".

³⁰⁴ Cfr. GU, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 171: "*The first and foremost source for such a power is that it is expressly provided for by the parties in the arbitration agreement*". Si veda inoltre BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 413: "*First, an arbitral tribunal should look to the parties' agreement to determine whether it has been vested with the authority to grant interim relief*".

³⁰⁵ È però assai improbabile che questo scenario si verifichi.

disciplini la materia³⁰⁶.

La preminenza dell'accordo tra le parti sulla disciplina derogabile della *lex arbitri* si deve al ruolo centrale rivestito dell'autonomia delle parti nell'arbitrato internazionale³⁰⁷. Come noto, infatti, l'elemento fondativo dell'arbitrato è la clausola compromissoria, senza cui il procedimento arbitrale non esisterebbe e gli arbitri sarebbero privi di potere³⁰⁸; ed è proprio la natura contrattuale dell'arbitrato a far sì che le parti possano modellare il meccanismo di risoluzione delle proprie controversie determinando, *inter alia*, le regole processuali e i poteri degli arbitri³⁰⁹.

Purtuttavia, l'estensione del principio di autonomia delle parti non è incondizionata. La possibilità per le parti di regolare la procedura arbitrale trova infatti dei limiti nelle disposizioni imperative contenute nelle fonti sovranazionali applicabili e negli ordinamenti nazionali con cui la controversia presenta determinati elementi di contatto³¹⁰. Poiché non è nota a chi scrive l'esistenza di norme imperative di carattere sovranazionale specifiche sulla competenza cautelare in arbitrato, sarà qui sufficiente limitare l'indagine alle fonti nazionali³¹¹. Tra queste rileva in modo particolare l'ordinamento della sede poiché, a prescindere dal fatto che sia o meno l'ordinamento con cui la lite presenta il collegamento più stretto, è quello cui è ancorato il procedimento arbitrale, nonché – come anticipato poc'anzi – quello dalla cui legge sull'arbitrato si ricavano di norma i poteri del tribunale arbitrale³¹². Si deve per contro escludere che possano trovare applicazione le norme

³⁰⁶ Si vedano RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 316; LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., § 23-8.

³⁰⁷ Si vedano, sul punto, BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 1.35: "The arbitral proceedings are seen as an expression of the will of the parties and, on the basis of party autonomy (l'autonomie de la volonté)" e § 6.07: "Party autonomy is the guiding principle in determining the procedure to be followed in an international arbitration. It is a principle that is endorsed not only in national laws, but also by international arbitral institutions worldwide, as well as by international instruments such as the New York Convention and the Model Law"; LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., § 1-11.

³⁰⁸ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. GAILLARD, J. SAVAGE ed.), cit., § 46.

³⁰⁹ Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2130: "One of the most fundamental characteristics of international commercial arbitration is the parties' freedom to agree upon the arbitral procedure. This principle is acknowledged in and guaranteed by the New York Convention and other major international arbitration conventions; it is guaranteed by arbitration statutes in virtually all jurisdictions; and it is contained in and facilitated by the rules of most arbitral institutions". Si vedano, inoltre, a mero titolo esemplificativo, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. GAILLARD, J. SAVAGE ed.), cit., § 47-48; LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., § 17-4 ss.

³¹⁰ L'importanza delle norme imperative è stata giustamente messa in luce nell'arbitrato ICC no. 8879, lodo non definitivo (data non riportata), in in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 86 ss. ("Having concluded that arbitrators have the power under the ICC Rules to order interim measures, the next question is to determine whether mandatory provisions of relevant municipal law prohibit the adoption of such measures by an Arbitral Tribunal").

³¹¹ Si veda, sul punto, l'arbitrato ICC no. 14993, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 78, § 6 ("The only restriction that might apply to the arbitral tribunal's jurisdiction in respect to conservatory and interim measures are mandatory national provisions").

³¹² Cfr. BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 414. Sulla necessità che l'accordo delle parti sia considerato valido ed efficace dalla legge applicabile alla procedura arbitrale, si vedano KAUFMANN-KOHLER, RIGOZZI, *International*

imperative di altri ordinamenti, ivi incluse quelle della *lex causae* dal momento che il potere degli arbitri di concedere *security for costs* rientra tra le questioni di carattere processuale e non tra quelle di merito³¹³.

Alla luce di quanto illustrato si deve concludere che, qualora la *lex arbitri* escluda la competenza degli arbitri di ordinare *security for costs* – o, più in generale, di concedere tutela cautelare – e tale disciplina abbia carattere imperativo, gli arbitri dovranno astenersi dal decidere su queste istanze indipendentemente dal fatto che un potere in tale senso gli sia stato espressamente attribuito dalla convenzione d'arbitrato o dal regolamento d'arbitrato richiamato in tale accordo³¹⁴. Diversamente, in assenza di vincoli inderogabili nella *lex arbitri*, la competenza degli arbitri dovrà essere valutata dando preminenza all'accordo delle parti. Questo significa che il richiamo di un regolamento istituzionale che attribuisce espressamente agli arbitri il potere di ordinare una *security for costs* – come avviene per esempio nei Regolamenti LCIA, SCC, SIAC, CEPANI e HKIAC – sarà conclusivo per affermare la competenza del tribunale sul punto, indipendentemente dal fatto che l'istituto sia regolato dall'ordinamento dello Stato della sede o sia ad esso sconosciuto. Così, in un arbitrato LCIA il tribunale sarà sempre competente a concedere *security for costs*, a prescindere dal fatto che la sede sia fissata in un ordinamento la cui *lex arbitri* già attribuisce tale potere al tribunale (e.g. Inghilterra, Nuova Zelanda, Australia, Singapore, Hong Kong ed Irlanda) oppure in uno Stato che non disciplina questo istituto (e.g. Francia o Spagna). Le uniche ipotesi in cui tale potere sarà sottratto al collegio arbitrale sono quelle in cui l'arbitrato LCIA si svolge in un ordinamento che esclude con norma imperativa la competenza degli arbitri di ordinare *security for costs* o, più in generale, di concedere tutela cautelare³¹⁵.

Queste conclusioni non cambiano quando il regolamento d'arbitrato richiamato dalle parti nella clausola compromissoria non disciplina espressamente la *security for costs* ma è costantemente interpretato nel senso di includere tra i poteri cautelari degli arbitri la possibilità di concedere tale misura, cosa che avviene per i Regolamenti UNCITRAL e ICC³¹⁶.

È solo in assenza di indicazioni nella convenzione d'arbitrato (e quando non trovano applicazione

Arbitration: Law and Practice in Switzerland, cit., § 6.88: “The arbitral tribunal’s power to order provisional measures derives first from the agreement of the parties, which in most cases is embodied in the relevant arbitration rules. That said, the tribunal’s power is only effective if it is recognized by the law governing the arbitration” e BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 5.08: “The parties may confer powers upon the arbitral tribunal directly or indirectly, but only within the limits of the applicable law”.

³¹³ Di questo avviso sembra anche BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 422, sebbene la tesi espressa dall'autore riguardi le misure cautelari in generale e non specificamente la *security for costs*. *Contra* RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 316, secondo cui la libertà delle parti di attribuire agli arbitri il potere di concedere *security for costs* è vincolata dalle “mandatory national rules applicable to the contract or the dispute”.

³¹⁴ BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 414; POUURET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., § 606.

³¹⁵ Per un'analisi sulla possibilità per gli arbitri italiani di ordinare *cautio pro expensis* si veda *infra* la Sezione IV.C.

³¹⁶ Sul punto si rinvia alla Sezione III.B.2(ii) *supra*.

norme imperative) che si dovrà ricorrere alla disciplina derogabile della *lex arbitri*³¹⁷. Nessun dubbio sorge se la *lex arbitri* riconosce espressamente il potere degli arbitri di ordinare *cautio pro expensis*³¹⁸; mentre più complessa è la valutazione quando la *lex arbitri* tace sul punto, poiché si dovrà determinare caso per caso se il potere di ordinare *security for costs* rientra nella competenza cautelare degli arbitri³¹⁹.

IV.C Il potere di ordinare *security for costs* negli arbitrati italiani

Dopo aver individuato le regole applicabili per accertare la competenza dei giudici della sede e degli arbitri in materia di *security for costs*, è ora possibile volgere la nostra attenzione agli arbitrati che si svolgono in Italia al fine di determinare: (i) se questa misura possa essere concessa alla luce della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 98 c.p.c. e, in caso affermativo, (ii) quale sia l'organo giudicante competente a concedere tale misura in considerazione del disposto contenuto nell'art. 818 c.p.c.

IV.C.1 L'ammissibilità della *security for costs* negli arbitrati italiani

Come visto in precedenza, un istituto analogo all'odierna *security for costs* dell'arbitrato internazionale è esistito nel nostro ordinamento fino al 1960, quando la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale la cauzione per le spese *ex art. 98 c.p.c.*³²⁰. Questa pronuncia è stata letta da parte della dottrina come un divieto assoluto tanto per l'autorità giudiziaria quanto per gli arbitri di ordinare *security for costs* in relazione ai procedimenti arbitrali che si svolgono in Italia³²¹. Per poter accettare una tale interpretazione sono richieste valutazioni tutt'altro che semplici, dal momento che viene suggerita l'importazione nel contesto arbitrale di valutazioni svolte dalla Consulta in relazione ad uno specifico istituto del diritto processuale interno. Al fine di testare questa proposizione è dunque necessario valutare se le ragioni che hanno portato alla dichiarazione

³¹⁷ Cfr. RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 314-315: "If the arbitration rules are silent, judges and arbitrators may fill in gaps in those rules using the *lex arbitri* chosen by the parties or determined by the appropriate choice-of-law rules".

³¹⁸ È questo il caso degli arbitrati che si svolgono in Inghilterra, Nuova Zelanda, Australia, Singapore, Hong Kong ed Irlanda, dove sono gli arbitri ad essere investiti della competenza esclusiva in materia di *security for costs*, salvo diversa pattuizione dalle parti.

³¹⁹ Nella tanto estrema quanto infrequente ipotesi in cui sia la convenzione d'arbitrato che la *lex arbitri* omettano di disciplinare la *security for costs* ed altresì il potere cautelare degli arbitri in senso lato, alcuni studiosi ritengono che i tribunali arbitrali godano comunque della competenza di concedere *cautio pro expensis* in quanto sarebbe necessaria a preservare l'integrità del procedimento arbitrale (VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, cit., p. 335-336).

³²⁰ *Carabba c. Marcellusi*, Corte Costituzionale, 29 novembre 1960, no. 67, in *Foro it.*, 1960, I, p. 1873-1874.

³²¹ Cfr. M. RUBINO-SAMMARTANO, *Italy*, in *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration* (F.-B. WEIGAND ed.), 2° ed., Oxford University Press, 2009, § 8.170:

"The practice of security for the costs of court proceedings, which is not treated as an interim measure, was well established in Italy. However the Constitutional Court has ruled that this provision was in breach of the Constitution and consequently, the provision lost legal effect. Even if the parties exclude the Rules of Civil Procedure, it is suggested that the arbitrator may not order a security for costs, since this would be in breach of the Constitution".

di incostituzionalità dell'art. 98 c.p.c. possono essere estese alla *security for costs* diffusa oggi nella prassi arbitrale.

Come illustrato nella Sezione II.A, l'art. 98 c.p.c. è stato dichiarato incostituzionale in quanto ritenuto in contrasto con il diritto di agire e difendersi in giudizio "*indipendentemente da ogni differenza di condizioni personali e sociali*" che è sancito dal combinato disposto degli artt. 3 e 24 della Costituzione. Il contrasto con questi diritti inviolabili derivava dal fatto che la cauzione per le spese, così come disciplinata dall'art. 98 c.p.c., imponeva al giudice istruttore, da un lato, di valutare le condizioni economiche dell'attore per determinare il fondato timore circa la sua incapacità di adempiere alla condanna alle spese; dall'altro, di dichiarare estinto il processo in caso di mancata prestazione della cauzione. Questa combinazione di fattori faceva sì che la cauzione per le spese potesse, almeno in potenza, limitare il diritto di accesso alla giustizia di un attore in ragione delle sue condizioni economiche, determinando pertanto l'incostituzionalità dell'istituto.

Anche le istanze di *security for costs* richiedono di considerare, *inter alia*, le condizioni economiche del resistente e sollevano interrogativi sul tema dell'accesso alla giustizia. Come visto in precedenza, infatti, l'organo giudicante adito di un'istanza di *cautio pro expensis* – sia esso un giudice statale o un collegio arbitrale – è chiamato ad effettuare una delicata operazione di bilanciamento tra l'interesse dell'attore di avere accesso alla giustizia arbitrale senza poter garantire l'adempimento di un'eventuale condanna alla rifusione delle spese e l'interesse del convenuto di ottenere una garanzia per il recupero delle proprie spese di lite in caso di vittoria³²². Inoltre, analogamente a quanto avveniva ai sensi dell'art. 98 c.p.c., il mancato adempimento di un ordine di *security for costs* può comportare l'estinzione dell'arbitrato.

Queste macro-somiglianze tra la *security for costs* e la cauzione per le spese ex art. 98 c.p.c. non sono però sufficienti ad importare *sic et simpliciter* nel contesto arbitrale le argomentazioni e le conclusioni della Corte Costituzionale. Per giungere a tale conclusione occorre a mio avviso constatare se: (i) esiste una forte somiglianza tra i due istituti, quantomeno per ciò che attiene alla *ratio* ad essi sottostante e alle indagini richieste all'organo giudicante adito; e (ii) il diritto di accesso alla giustizia arbitrale è equiparabile al diritto di accesso alla giustizia sancito dal combinato disposto degli artt. 3 e 24 della Carta Costituzionale.

(i) *La security for costs a confronto con la cauzione per le spese ex art. 98 c.p.c.*

La necessità di confrontare l'istituto della *security for costs* conosciuto nell'arbitrato internazionale con la cauzione per le spese ex art. 98 c.p.c. si deve al fatto che la prestazione di una garanzia per le spese di lite della controparte non è di per sé e in ogni caso incompatibile con il diritto di accesso alla giustizia.

Questo principio è stato sancito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sentenza *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, che aveva ad oggetto un ricorso per l'asserita violazione

³²² Si vedano *supra* le n. 42-44 e il testo di riferimento.

dell'art. 6(1) della CEDU³²³. Nello specifico, il ricorrente lamentava che l'imposizione di una *security for costs* di £124.900 da parte della *Court of Appeal* inglese e il successivo rigetto dell'appello per l'inottemperanza di tale ordine costituivano una violazione del proprio diritto di accesso alla giustizia sancito dalla CEDU³²⁴. La Corte di Strasburgo ha rigettato questa doglianza affermando che il diritto di accesso alla giustizia non è incondizionato e "*may be subject to limitations in the form of regulation by the State*"³²⁵. Tuttavia la Corte ha stabilito che, affinché l'art. 6(1) possa dirsi rispettato, le limitazioni imposte dal legislatore all'accesso alla giustizia devono soddisfare i seguenti requisiti:

"[...] the Court must be satisfied, firstly, that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Secondly, a restriction must pursue a legitimate aim and there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved"³²⁶.

Nello specifico la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la *security for costs* prevista dal diritto inglese è finalizzata al raggiungimento di due fini legittimi: da un lato, la tutela del convenuto per scongiurare il rischio della mancata rifusione delle spese nonostante abbia prevalso in giudizio; dall'altro, la salvaguardia del principio di economia processuale, dal momento che al giudice inglese è imposto di esaminare le probabilità di successo delle parti nella controversia prima di concedere o negare tale misura³²⁷.

Quanto alle altre condizioni, la Corte di Strasburgo ha negato che l'imposizione della *security for costs* compromettesse l'essenza del diritto di accesso alla giustizia del ricorrente e che fosse sproporzionata³²⁸. Invero, la valutazione del diritto di accesso alla giustizia deve riguardare l'intero procedimento e, nella fattispecie, il primo grado si era concluso al termine di un'udienza di circa quaranta giorni in cui il ricorrente aveva deposto come testimone per più di cinque giorni³²⁹. A ciò si aggiunge che l'istanza di *security for costs* in appello era stata vagliata prima dal *Registrar* della *Court of Appeal* e poi dalla *Court of Appeal* stessa³³⁰ e che, sebbene l'ammontare della garanzia da prestare (£124.900) fosse elevato, non vi era alcun elemento per ritenere che fosse sproporzionato rispetto alle spese che avrebbe dovuto sostenere la controparte durante il grado d'appello³³¹. Infine, quanto alle condizioni economiche dell'attore, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la rilevanza di tale fattore nel diritto inglese non è assoluta, dal momento che i giudici inglesi sono

³²³ *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 13 luglio 1995, Application no. 18139/91, Case no. 8/1994/455/536.

³²⁴ *Id.*, § 18, 29 e 56.

³²⁵ *Id.*, § 59.

³²⁶ *Id.*, § 59.

³²⁷ *Id.*, § 61.

³²⁸ *Id.*, § 62.

³²⁹ *Id.*, § 11 e 63.

³³⁰ *Id.*, § 14-18 e 66.

³³¹ *Id.*, § 64.

anche soliti considerare le probabilità di successo delle parti. Ciò significa che, qualora l'attore abbia ragionevoli probabilità di prevalere nella controversia, i giudici inglesi saranno restii a concedere una *security for costs* poiché ciò potrebbe equivalere a un diniego del diritto di accesso alla giustizia³³².

Alla luce dei ragionamenti appena illustrati, la Corte di Strasburgo ha concluso che l'imposizione della *security for costs* ad opera della *Court of Appeal* non costituiva una violazione del diritto di accesso alla giustizia previsto dall'art. 6(1) della CEDU, né poteva dirsi sproporzionata rispetto alle finalità perseguite dalla medesima norma³³³.

In seguito alla pronuncia *Tolstoy Miloslavsky*, la Corte di Strasburgo ha ribadito a più riprese la compatibilità – quantomeno sulla carta – della *security for costs* con il diritto di accesso alla giustizia garantito dalla CEDU, come emerge da ultimo dalla pronuncia *Case of Antunović v. Croatia*: “*The right of access to court is not, however, absolute. It may be subject to legitimate restrictions such as statutory limitation periods, security for costs orders, etc.*”³³⁴. Ciononostante, la medesima Corte ha riconosciuto che l'obbligo di prestare *security for costs* possa violare il diritto di accesso alla giustizia quando l'ammontare della cauzione risulta eccessivo e sproporzionato rispetto alle condizioni economiche della parte ingiunta, poiché in tali circostanze equivale a un'effettiva costrizione del diritto di accesso alla giustizia³³⁵.

La giurisprudenza appena illustrata non solo insegna che l'obbligo di prestare una garanzia per le spese di lite della controparte non è di per sé contrario al diritto di accesso alla giustizia, ma fornisce anche preziose indicazioni per individuare quando questo diritto sia stato violato. In particolare, si evince l'importanza di osservare la *ratio* sottostante all'istituto, di considerare il tipo d'indagine

³³² Id., § 65.

³³³ Id., § 67.

³³⁴ *Case of Antunović v. Croatia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 4 ottobre 2016, Application no. 66553/12; § 47. In molti altri casi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si rinviene pressoché la medesima dicitura: cfr., *ex multis*, *Case of Kradoš v. Croatia*, 26 aprile 2016, Application no. 25782/11, § 45; *Case of Peruško v. Croatia*, 15 gennaio 2013, Application no. 36998/09, § 45; *Case of Čamovski v. Croatia*, 23 ottobre 2012, Application no. 38280/10, § 36; *Case of Żebrowski v. Poland*, 3 novembre 2011, Application no. 34736/06, § 55; *Case of Generalov v. Russia*, 9 luglio 2009, Application no. 24325/03, § 148; *Case of Plakhteyev and Plakhteyeva v. Ukraine*, 12 marzo 2009, Application no. 20347/03, § 35; *Case of Markovic and Others v. Italy*, 14 dicembre 2006, Application no. 1398/03, § 99.

³³⁵ Sul punto si veda *Case of Ait-Mouhoub v. France*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 ottobre 1998, Application no. 22924/93, Case no. 103/1997/887/1099, § 57-58:

“57. [...] however, that the setting of such a large sum by the senior investigating judge was disproportionate seeing that Mr Ait-Mouhoub [...] had no financial resources whatsoever. Requiring the applicant to pay such a large sum amounted in practice to depriving him of his recourse before the investigating judge [...].

58. Having regard to all these factors, the Court concludes that the applicant's right of access to a 'tribunal' within the meaning of Article 6 § 1 was infringed”.

Tale principio è stato riaffermato recentemente in *Case of Arlewin v. Sweden*, Concurring Opinion of Judge Silvis, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 1 marzo 2016, Application no. 22302/10, § 6: “*In the specific circumstances of a particular case, the practical and effective nature of this right may be impaired, for instance by the prohibitive cost of the proceedings in view of the individual's financial capacity or by the excessive amount of security for costs [...]*”.

richiesta all'organo giudicante, e di stabilire la rilevanza attribuita alle condizioni economiche delle parti in causa.

La *security for costs* dell'arbitrato internazionale presenta molte somiglianze con l'istituto di diritto inglese oggetto del caso *Tolstoy Miloslavsky*. Quanto alla *ratio*, anche nell'arbitrato la *cautio pro expensis* riveste una duplice funzione. Invero, se da un lato è certamente volta a tutelare il convenuto sì da assicurargli la rifusione delle spese in caso di vittoria rendendo effettivo il principio della soccombenza, dall'altro dissuade azioni temerarie o comunque di improbabile successo, in ossequio al principio dell'economia processuale³³⁶. Forti somiglianze si rinvencono anche nell'indagine richiesta all'organo giudicante. Innanzitutto, tanto nell'arbitrato internazionale quanto nel contenzioso inglese l'organo giudicante gode di ampia discrezionalità nel decidere sulle istanze di *security for costs*³³⁷. Inoltre, la decisione su tali istanze è in entrambi i casi preceduta da un'istruttoria. In particolare, la prassi dei tribunali arbitrali prevede si apra un'apposita sotto-fase processuale, che consiste solitamente nello scambio di almeno una memoria per parte³³⁸ con la possibilità di allegare mezzi di prova, tra cui: documenti (generalmente i bilanci del resistente), consulenze tecniche di parte (c.d. "*expert reports*") e testimonianze scritte (c.d. "*witness statements*") generalmente finalizzati a provare le condizioni economiche del resistente³³⁹. In alcune circostanze questa sotto-fase potrebbe anche ricomprendere un'apposita udienza³⁴⁰ e, più raramente, un procedimento di *discovery*, che secondo alcuni si giustifica in quanto l'onere di provare l'incapacità dell'attore di adempiere a un'eventuale condanna alle spese spetta al

³³⁶ Si vedano in proposito MILES, SPELLER, *Security for costs in international arbitration – emerging consensus or continuing difference?*, cit., p. 32 ("*security serves a valuable role in complementing cost-shifting rules and acts as a deterrent against spurious or frivolous claims*") e GU, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 169 ("*security for costs is designed both to deter a claimant from making a non-meritorious claim and to consider seriously his legal situation, and to protect a respondent from suffering the unnecessary loss of arbitral costs incurred in a successful defence against a financially irresponsible or insolvent claimant*").

³³⁷ Cfr. RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 320. Come chiarito dalle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs* la discrezionalità degli arbitri è ampia e riguarda le problematiche da considerare (*Preamble*, § 4), la procedura da adottare (*Commentary on Article 1*, § a), l'ammontare della garanzia (*Commentary on Article 5 Paragraph 2*, § b) nonché della tipologia di garanzia da prestare (*Commentary on Article 5 Paragraph 3*, § a).

³³⁸ Uno scambio di memorie relativo alla richiesta di *security for costs* si rinviene, per esempio, nell'arbitrato *Geneva Chamber of Commerce and Industry* (no. non riportato), decisione del 25 settembre 1997, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), p. 745 ss., § 4; nell'arbitrato ICC no. 13620, ordinanza processuale del maggio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 65, § 1.1-1.3; nell'arbitrato ICC no. 14355, ordinanza processuale del gennaio 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 71, § 3; nell'arbitrato ICC no. 14993, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 77-78, § 1-4; e nell'arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 79, § 1-3; arbitrato ZCC (no. non riportato), ordinanza processuale del 12 novembre 1991, in *ASA Bulletin* vol. 13(1), p. 85-86, § (ii)-(iii).

³³⁹ Si veda, per esempio, l'arbitrato ICC no. 13359, ordinanza processuale del febbraio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 64, § 8 in cui l'amministratore delegato della società attrice testimoniò sulle condizioni economiche della propria società sia presentando un *witness statement* che deponendo in udienza.

³⁴⁰ Cfr. arbitrato *ad hoc* con sede a Zurigo, ordinanza processuale del 27 novembre 2002, in *ASA Bulletin* vol. 23(1), 2005, p. 110, § 1 e arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 8, in PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, cit., p. 403.

convenuto-ricorrente ma è ovviamente l'attore a disporre delle informazioni sulle proprie condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie³⁴¹, nonché a conoscere le caratteristiche dell'eventuale finanziamento ottenuto da un *third-party funder*³⁴². Quanto infine ai presupposti da considerare per la concessione di una *security for costs* nell'arbitrato internazionali, questi sono molteplici come si vedrà nel Capitolo V. Ai presenti fini è sufficiente sottolineare che le condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie della parte nei cui confronti è avanzata la richiesta di *cautio pro expensis* non rilevano solitamente in quanto tali; piuttosto, ad essere considerati sono la conoscenza che ne aveva (o che ne avrebbe dovuto avere) il ricorrente al momento della stipulazione della convenzione d'arbitrato e l'eventuale peggioramento occorso tra questa data e quella in cui è proposta l'istanza di *security for costs*, nonché una valutazione sul se il mutamento *in peius* rientri o meno nella normale alea della relazione contrattuale³⁴³. Inoltre, analogamente a quanto rilevato dalla Corte di Strasburgo per il contenzioso inglese, anche nell'arbitrato internazionale vengono in considerazione le probabilità di successo nel merito della controversia (*fumus boni iuris*)³⁴⁴, il che significa che anche gli arbitri saranno restii a concedere una *security for costs* qualora il resistente abbia ragionevoli probabilità di prevalere nella controversia, poiché ciò potrebbe equivalere a un diniego del diritto di accesso alla giustizia³⁴⁵. Questo concetto è chiaramente ripreso dalle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs* che invitano gli arbitri alla prudenza nel concedere istanze di *cautio pro expensis* per evitare che ciò possa sortire l'effetto di impedire a soggetti incapienti di far valere pretese che siano ragionevolmente meritevoli di tutela:

“[...] great care should be taken before making such an order to avoid any injustice, including, in particular, unjustly stopping genuine claims by impecunious parties”³⁴⁶.

³⁴¹ Si vedano KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 346 e GU, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 196-197, secondo cui è verosimile che il convenuto intenzionato a proporre un'istanza di *security for costs* chiederà durante la fase di *discovery* documenti finalizzati ad accertare la capacità dell'attore di adempiere ad un'eventuale condanna al pagamento delle spese di lite. Secondo gli autori, se l'attore omette di produrre documenti la cui produzione è stata ordinata dal tribunale, quest'ultimo potrà inferirne che tali documenti sarebbero stati contrari agli interessi dell'attore (cfr. art. 9(5) *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* adottate il 29 maggio 2010). Per un ragionamento in tal senso, si veda l'arbitrato ICC no. 8307, lodo non definitivo del maggio 2001, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 18-20, § 14 e 17(a), in cui il tribunale ha ritenuto che l'inottemperanza di una parte a un ordine di produzione dei propri bilanci non faceva altro che aumentare i timori circa le sue condizioni economico-finanziarie.

³⁴² VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, cit., p. 339-341.

³⁴³ Si veda *infra* la Sezione V.B.4.

³⁴⁴ Si veda *supra* la Sezione III.B.2(iv) e *infra* la Sezione V.B.1(ii).

³⁴⁵ In proposito si veda REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 410 ss., secondo cui agli arbitri non solo è richiesto di analizzare le probabilità di successo delle parti ma anche di valutare se sia opportuno ordinare una *security for costs* nel caso concreto, il che dovrebbe far propendere per un rigetto dell'istanza quando il resistente ha ragionevoli probabilità di prevalere e l'imposizione di una *cautio pro expensis* equivarrebbe a impedire l'accesso alla giustizia arbitrale. Sul punto si veda *infra* la Sezione V.B.6.

³⁴⁶ *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Preamble, § 3.*

Se la *security for costs* dell'arbitrato internazionale presenta molte somiglianze con la normativa inglese dichiarata compatibile con l'art. 6(1) della CEDU dalla Corte di Strasburgo, alcune importanti differenze si rinvergono invece tra questi due istituti e la cauzione per le spese ex art. 98 c.p.c.

In primo luogo, per quanto attiene alla *ratio*, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la cauzione per le spese ex art. 98 c.p.c. fosse finalizzata alla tutela del convenuto e dunque alla "*protezione di interessi privati*"³⁴⁷. La stessa Corte ha invece escluso che l'art. 98 c.p.c. avesse anche un fine pubblico³⁴⁸, negando così alla cauzione per le spese quella duplice funzione che, come visto, caratterizza sia la *security for costs* oggi in auge nell'arbitrato che l'omonimo istituto di diritto inglese.

Ancor più significativa è la differenza tra l'indagine condotta dai tribunali arbitrali per la concessione di un'istanza di *security for costs* e quella che invece svolgeva il giudice istruttore ai sensi dell'art. 98 c.p.c. Questa differenza si deve soprattutto alla scelta del nostro legislatore di investire delle istanze di cauzione il giudice istruttore e non il collegio. Sebbene all'epoca dell'adozione del nostro Codice non fosse del tutto chiara l'allocatione delle competenze tra questi due organi, l'intenzione era di attribuire al collegio il potere di decidere la controversia nel merito, lasciando al giudice istruttore il compito di preparare e istruire la causa³⁴⁹. Ebbene, la decisione di investire quest'ultimo delle istanze di cauzione equivaleva a una rinuncia alla valutazione del merito della controversia e delle probabilità di successo delle parti prima di provvedere sulla cauzione. Se infatti il giudice istruttore avesse considerato questi elementi avrebbe sconfinato nella sfera di competenza del collegio³⁵⁰.

Quanto illustrato dimostra che, oltre a presentare alcune macro-somiglianze, la *security for costs* e la cauzione per le spese ex art. 98 c.p.c. divergono per le finalità perseguite e, soprattutto, per il tipo di indagine svolto dall'organo adito. Poiché proprio queste circostanze sono state prese in considerazione dalla Corte di Strasburgo per valutare la compatibilità della *security for costs* con il diritto di accesso alla giustizia, si potrebbe ritenere che le suddette differenze tra i due istituti impediscono di interpretare la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 98 c.p.c. come un divieto assoluto di ordinare *cautio pro expensis* nei procedimenti arbitrali che si svolgono in Italia.

Vero è però che nel dichiarare incostituzionale l'art. 98 c.p.c. il giudice delle leggi ha considerato aspetti diversi da quelli su cui si è concentrata la Corte di Strasburgo. Invero, la Corte Costituzionale infatti ha valutato: (i) la rilevanza delle condizioni economiche dell'attore, (ii) l'impossibilità di proporre reclamo contro l'ordinanza del giudice istruttore, (iii) la gravità delle conseguenze in caso

³⁴⁷ *Alato c. Savoia*, Corte Costituzionale, 3 maggio 1963, no. 56, in *Giur. Cost.* 1963, p. 498.

³⁴⁸ *Carabba c. Marcellusi*, Corte Costituzionale, 29 novembre 1960, no. 67, in *Foro it.*, 1960, I, p. 1873-1874: "Anzitutto è evidente che molti [degli oneri finanziari imposti dalla legge per la costituzione del rapporto processuale] sono posti in funzione di particolari interessi pubblici, che il legislatore ha voluto salvaguardare, laddove la *cautio pro expensis* non serve neppure al fine pubblico inerente al processo, del quale è piuttosto una remora".

³⁴⁹ Si veda sul punto CIPRIANI, *La cauzione per le spese tra codice fascista e Costituzione repubblicana*, cit., p. 441 e 458.

³⁵⁰ *Id.*, p. 458.

di mancata prestazione della cauzione, e (iv) l'applicabilità per giurisprudenza costante dell'istituto anche al grado d'appello e all'opposizione al decreto ingiuntivo, che sono tutte caratteristiche (eccezion fatta ovviamente per l'ultima) rinvenibili anche nella *security for costs* dell'arbitrato internazionale³⁵¹. Contrariamente a quanto ipotizzato poc'anzi, questo potrebbe indurre a ritenere che i ragionamenti svolti dalla Consulta si debbano estendere per analogia anche al contesto arbitrale.

In conclusione, le differenze poc'anzi illustrate tra i due istituti in esame rendono quantomeno dubbia la possibilità di estendere la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 98 c.p.c. all'arbitrato. Anche qualora si attribuisse preminenza alle somiglianze, ritenendo le differenze insufficienti a tracciare un vero solco tra i due istituti, l'applicazione analogica dei ragionamenti e delle conclusioni della Corte Costituzionale non sarebbe comunque automatica. Per giungere a tanto si dovrebbe infatti accertare l'equipollenza tra il diritto di accesso alla giustizia arbitrale ed il diritto di accesso alla giustizia sancito dal combinato disposto degli artt. 3 e 24 della Carta Costituzionale.

(ii) *Il diritto di accesso alla giustizia arbitrale a confronto con il diritto di accesso alla giustizia ex artt. 3 e 24 della Carta Costituzionale*

L'importanza di questo confronto si deve al fatto che un'estensione della pronuncia no. 67 del 1960 al contesto arbitrale si giustifica, a ben vedere, solo se il diritto d'accesso alla giustizia con cui è stata parametrata la legittimità dell'art. 98 c.p.c. – ovvero sia quello derivante dagli artt. 3 e 24 della Carta Costituzionale³⁵² – è equiparabile al diritto di accesso alla giustizia arbitrale che viene in rilievo quando è proposta un'istanza di *security for costs*.

Per effettuare un raffronto tra questi due diritti è necessario considerare l'ipotesi estrema dell'incapienza di una delle parti³⁵³, tenendo presente le distinzioni strutturali primarie tra l'arbitrato e la giustizia statale. Come noto, infatti, l'arbitrato è una forma di giustizia privata frutto di una scelta libera e consensuale delle parti, mentre l'accesso alla giustizia statale viene garantito dagli ordinamenti nazionali solitamente mediante previsioni di rango costituzionale che assicurano a tutti la possibilità di agire e di difendersi in giudizio rimuovendo eventuali disuguaglianze, ivi incluse quelle di carattere economico.

È facile intuire che proprio questa dicotomia tra la natura contrattuale dell'arbitrato e le garanzie di carattere costituzionale sottostanti la giustizia statale sia stata da alcuni utilizzata per giustificare la differenza tra il diritto di accesso all'una e all'altra forma di giustizia. È stato infatti sostenuto che,

³⁵¹ Un'ulteriore distinzione tra le due indagini risiede nel fatto che, mentre la Consulta ha parametrato la legittimità dell'art. 98 c.p.c. al diritto di accesso alla giustizia sancito dagli artt. 3 e 24 della Carta Costituzionale, la Corte di Strasburgo ha adottato come termine di raffronto l'art. 6(1) della CEDU.

³⁵² Va tuttavia sottolineato, come giustamente rileva CIPRIANI, *La cauzione per le spese tra codice fascista e Costituzione repubblicana*, cit., p. 435, che l'art. 98 c.p.c. fu "dichiara[to] illegittimo in relazione agli artt. 24 e 3 Cost. (si noti: prima il 24 e poi il 3), ossia soprattutto rispetto all'art. 24".

³⁵³ Il termine "incapienza" verrà utilizzato nella presente Sezione per indicare in senso lato l'incapacità di una delle parti di sostenere i costi di un procedimento arbitrale che sia sopravvenuta in seguito alla sottoscrizione della clausola compromissoria (trattasi dunque di incapienza sopravvenuta e non di incapienza strutturale).

in ragione della volontarietà del ricorso alla via arbitrale, è verosimile che le parti abbiano valutato i vantaggi ed i rischi connessi a tale scelta, il che gli impedirebbe di dolersi delle conseguenze che ne derivano, ivi incluse le eventuali difficoltà di accesso all'arbitrato dovute alla sua dispendiosità e all'inesistenza del gratuito patrocinio³⁵⁴. Del pari, si ritiene che mentre uno Stato è tenuto a garantire l'accesso alle proprie corti a tutti i consociati, inclusi gli indigenti, lo stesso non dovrebbe valere per l'arbitrato internazionale poiché la decisione di deferire la controversia agli arbitri, che comporta di solito costi maggiori, è il frutto del libero arbitrio delle parti e si traduce in una rinuncia implicita al diritto di accesso alle corti statali³⁵⁵ anche nelle ipotesi in cui una parte non disponga di risorse sufficienti per affrontare un procedimento arbitrale³⁵⁶.

Di recente, però, questa posizione è stata messa in dubbio dalla giurisprudenza di alcuni ordinamenti chiamati a pronunciarsi sulle sorti della clausola compromissoria in caso di sopravvenuta incapacità di una delle parti. Senza pretese di esaustività sull'argomento, che esula in buona parte dallo scopo del presente scritto, è importante analizzare le due soluzioni adottate dalla giurisprudenza poiché forniscono preziose indicazioni sul tema dell'accesso alla giustizia nel panorama arbitrale.

Da un lato, i giudici francesi hanno ritenuto che la validità, l'efficacia e l'operatività della convenzione d'arbitrato non venga di norma intaccata dall'incapacità sopravvenuta di una delle parti di affrontare i costi dell'arbitrato³⁵⁷. Questo principio è stato sancito nella sentenza *Lola fleurs*, dove la Corte d'appello di Parigi ha affermato che, in ossequio al principio della *compétence-*

³⁵⁴ Si veda l'arbitrato ICC no. 11399, lodo non definitivo, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 36 ss., § 7.11-7.12:

"[...] the very fact that arbitration proceedings are based on an agreement constitutes an argument in itself against the need for protection of one party in proceedings initiated by the other party. Indeed, if by a contract the parties elect to submit certain of their disputes exclusively to arbitration, they should be considered to have appropriately evaluated the pros and cons of such an election, and to have considered the possibility of the enforceability of awards to be rendered under such an agreement".

³⁵⁵ Cfr. F.-X. TRAIN, *Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 novembre 2011 dans l'affaire LP c/ Pirelli)*, in *Rev. Arb.* 2012(2), p. 282-283:

"En souscrivant librement une clause compromissoire, les parties ont valablement aménagé l'exercice de leur droit au juge, notamment en ce qui concerne ses conditions financières. Ils ont renoncé à la protection juridictionnelle due par l'Etat au titre de la garantie matérielle d'accès à la justice [...]".

Del medesimo avviso è BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 1254 e 1338.

³⁵⁶ WILLIAMS, *Costs and Access to International Arbitration*, cit., p. 433:

"Access to arbitration should not be confused with 'access to justice' more generally. There are important public policy differences for safeguarding a citizen's access to the domestic judicial system that do not exist when considering a party's ability to access a private dispute resolution mechanism like international commercial arbitration. Adopting arbitration as the final forum is consensual and a party has the choice whether or not to agree to this form of dispute resolution. If cost pressure is a concern for a party then it should be taken into account before an agreement to arbitrate is made".

³⁵⁷ Cfr. l'art. II(3) della Convenzione di New York che impone ai giudici degli Stati contraenti di astenersi dal pronunciarsi su domande coperte da una convenzione d'arbitrato, deferendo la controversia agli arbitri, "unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed".

compétence, spetta sempre agli arbitri statuire sulla propria competenza, eccezion fatta per le ipotesi in cui la clausola compromissoria sia manifestamente nulla o manifestamente inapplicabile, circostanza quest'ultima che non si può desumere né dall'incapienza di una delle parti, né dall'eventuale violazione del diritto di accesso alla giustizia che potrebbe derivarne³⁵⁸. La Corte parigina ha così affidato agli arbitri il compito di garantire l'accesso alla giustizia arbitrale, riservando ai giudici francesi la possibilità di controllare eventuali violazioni di tali diritto solo *a posteriori*, ovvero in fase di annullamento del lodo³⁵⁹. Fanno eccezione alla regola della validità, efficacia e operatività della clausola compromissoria i casi in cui una parte abbia posto in essere condotte dilatorie volte a impedire lo svolgimento del processo arbitrale. Così, è stato impedito a un convenuto di avvalersi della clausola compromissoria dinnanzi all'autorità giudiziaria per sostenerne l'incapienza quando l'attore aveva precedentemente tentato di percorrere la via arbitrale ma gli era stata preclusa dal mancato pagamento della quota di anticipi del convenuto senza che fossero fornite giustificazioni³⁶⁰. Qualora invece il convenuto dimostri di non poter versare gli anticipi a causa della propria incapienza, la Corte di Cassazione francese ha previsto nel celebre caso *Pirelli* che il collegio arbitrale è tenuto a garantire l'accesso alla giustizia arbitrale del convenuto incapiente, permettendogli anche di presentare domande riconvenzionali a condizione che queste siano strettamente legate alle domande principali³⁶¹.

³⁵⁸ *SARL Lola fleurs c. société Monceau fleurs et autres*, Corte d'appello di Parigi, 26 febbraio 2013, in *Rev. Arb.* 2013(3), p. 749-751.

³⁵⁹ *Id.*, p. 751: “[...] il appartient en tout état de cause au tribunal arbitral de permettre l'accès au juge, un éventuel manquement de sa part sur ce point étant susceptible d'être sanctionné ultérieurement”. Si veda sul punto D. KÜHNER, *The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany*, in *J. Intl. Arb.* vol. 31(6), p. 810, il quale sottolinea che, in parte, il compito di assicurare l'accesso alla giustizia è implicitamente affidato anche alle istituzioni arbitrali.

³⁶⁰ *Société TRH Graphics c. Société Offset Aubin*, *Cour de cassation*, 19 novembre 1991, in *Rev. Arb.* 1992(3), p. 462-463. Nella fattispecie la ricorrente in Cassazione aveva ommesso di pagare la propria quota di anticipi sui costi dell'arbitrato decretandone l'estinzione, atteggiamento che – secondo la Corte Suprema francese – impedisce di far valere la clausola compromissoria nel successivo procedimento instaurato dalla controparte dinnanzi ai giudici (“[...] elle n'est pas recevable, pour décliner la compétence de la juridiction étatique, à prétendre au maintien de l'instance arbitrale qu'elle a, elle-même, paralysée par son attitude dilatoire”).

³⁶¹ *Société Pirelli & C. SPA c. Société Licensing Projects (LP) et autres*, *Cour de cassation*, 28 marzo 2013, in *Rev. Arb.* 2013(3), p.749:

“[...] si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, c'est à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme il le lui était demandé, si tel était le cas en l'espèce, n'a pas donné de base légale à sa décision”.

Nel caso in esame, la Corte d'appello di Parigi aveva annullato il lodo arbitrale ritenendo che la decisione dell'ICC di estromettere le domande riconvenzionali del convenuto incapiente per via del mancato pagamento della sua quota di anticipi costituisca una violazione del principio del contraddittorio e dell'ordine pubblico internazionale (artt. 1520(4) e 1520(5) NCPC), ciò anche in considerazione del fatto che la possibilità di far valere tali pretese in un nuovo procedimento arbitrale era puramente teorica date le condizioni economiche del convenuto (cfr. *Société Licensing Projects (LP) et autres c. Société Pirelli & C. SPA et autres*, Corte d'appello di Parigi, 17 novembre 2011, in *Rev. Arb.* 2012(2), p. 387-392). La pronuncia della corte parigina è stata poi cassata con rinvio dalla *Cour de Cassation* che, pur confermando i suddetti principi, ha limitato il diritto di accesso alla giustizia dell'attore in

Se la soluzione adottata in Francia consiste nel lasciare agli arbitri il compito di garantire l'accesso alla giustizia arbitrale della parte incapiente salvo permettere ai giudici di intervenire in fase di annullamento del lodo; in altri ordinamenti – e.g. Germania e Portogallo – l'incapienza sopravvenuta di una delle parti è stata ritenuta sufficiente ad invalidare, o quantomeno disapplicare, la convenzione d'arbitrato, permettendo così ai giudici nazionali di intervenire per garantire l'accesso alla giustizia anche prima dell'istaurazione del procedimento arbitrale³⁶². In Germania, la Corte Supreme ha stabilito che, nei casi di sopravvenuta incapienza di una delle parti, la convenzione d'arbitrato non possa trovare applicazione ai sensi della sezione 1032(1) ZPO³⁶³. Ciò equivale, in altre parole, alla disapplicazione automatica *ex lege* della convenzione d'arbitrato nei casi in cui una delle parti non disponga di risorse sufficienti per affrontare un procedimento arbitrale³⁶⁴. Anche in Portogallo si è giunti a un'analogha conclusione, ma attraverso un ragionamento diverso. Partendo dall'assunto che uno Stato è tenuto a garantire l'accesso alla giustizia, la Corte Costituzionale portoghese ha infatti stabilito che qualora una clausola compromissoria si riveli un ostacolo a tale diritto fondamentale (anche per via delle condizioni economiche di una delle parti), essa dovrà essere disattesa giacché il diritto di accesso alla giustizia prevale sul principio di autonomia delle parti³⁶⁵. Ne discende pertanto che la disattivazione del patto d'arbitrato non è il frutto di una previsione normativa, come avviene in Germania, ma è piuttosto il risultato di un'operazione di bilanciamento tra due principi costituzionali, al termine della quale è stata sancita la preminenza del diritto di accesso alla giustizia sul principio *pacta sunt servanda*³⁶⁶.

riconvenzionale alle ipotesi in cui vi fosse uno stretto legame tra le domande riconvenzionali e l'azione principale. Nessuna indicazione è stata però fornita dalla *Cour de Cassation* sui criteri da applicare per determinare se una domanda principale è connessa o meno a una domanda riconvenzionale (cfr. KÜHNER, *The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany*, cit., p. 812).

³⁶² Cfr. J. P. MOYANO, *Impecuniosity and the Courts' Approach to the Validity of the Arbitration Agreement*, in *J. Intl. Arb.* vol. 34(4), p. 631-652, ove si discute anche la giurisprudenza delle corti inglesi, canadesi e statunitensi, meno rilevanti ai nostri fini.

³⁶³ *Bundesgerichtshof*, III ZR 33/00, 14 settembre 2000, in *Betriebs-Berater* 2000, p. 2330. Sul punto si veda KÜHNER, *The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany*, cit., p. 816-817 il quale, dopo aver precisato che la pronuncia del *Bundesgerichtshof* si riferiva a una controversia di carattere domestico, auspica per l'arbitrato internazionale una soluzione diversa, giacché la disapplicazione della clausola compromissoria potrebbe costringere le parti a instaurare una controversia in un foro straniero, circostanza che si voleva verosimilmente evitare con la stipulazione del patto d'arbitrato.

³⁶⁴ MOYANO, *Impecuniosity and the Courts' Approach to the Validity of the Arbitration Agreement*, cit., p. 637.

³⁶⁵ *Wall Street Institute de Portugal - Centro de Inglês S.A., WSI - Consultadoria e Marketing and others v. Centro de Inglês Santa Bárbara, Lda.*, *Tribunal Constitucional* portoghese, caso no. 311/2008, 30 maggio 2008:

“O Estado não abre, designadamente, mão da garantia, a todos assegurada, do acesso à justiça. Quando a efectivação dessa garantia requer a prestação de apoio judiciário, não prevista no âmbito dos tribunais arbitrais, o único meio de evitar o resultado, constitucionalmente inaceitável, de denegação da justiça, é o reassumir de competência do tribunal judicial. Não pode invocar-se, em contrário, a tutela constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, pois ela não dá cobertura a um acto de autonomia privada, quando a sua execução nos termos acordados deixa inteiramente desprotegido o direito fundamental de acesso à justiça”.

³⁶⁶ Cfr. MOYANO, *Impecuniosity and the Courts' Approach to the Validity of the Arbitration Agreement*, cit., p. 638.

Il comune denominatore degli orientamenti giurisprudenziali appena illustrati consta nel riconoscimento di un diritto di accesso alla giustizia (inteso in senso lato) anche in presenza di una clausola compromissoria. Questo fa sì che, quando le condizioni economiche di una parte siano tali da impedirle di far fronte alle spese di un procedimento arbitrale, essa potrà comunque far valere le proprie pretese nei confronti della controparte. L'aspetto in cui differiscono la soluzione francese e quella tedesco-portoghese risiede nelle modalità attraverso cui si garantisce l'accesso alla giustizia. Nel primo caso si tende a garantire nella misura più ampia possibile l'accesso alla via arbitrale, limitando il compito dei giudici nazionali al controllo del rispetto di tale garanzia. In quest'ottica, la pronuncia *Pirelli* permette già di stabilire alcune garanzie che i tribunali arbitrali (e le istituzioni arbitrali) devono rispettare per scongiurare il rischio di annullamento del lodo. Nel secondo caso, invece, si esautorano gli arbitri dei propri poteri permettendo alle parti di rivolgersi all'autorità giudiziaria che viene così preposta alla salvaguardia del diritto di accesso alla giustizia. È dunque evidente che le due soluzioni si fondano su concezioni diverse del diritto di accesso alla giustizia.

La soluzione francese riconosce un diritto d'accesso alla giustizia arbitrale molto ampio, tanto che si può dire quasi parificato al diritto di accesso alla giustizia statale, seppur con le dovute differenze (si pensi all'impossibilità di beneficiare del gratuito patrocinio nell'arbitrato). Se una concezione analoga venisse importata nel nostro ordinamento, si potrebbe argomentare che la sostanziale equipollenza tra il diritto di accesso alla giustizia arbitrale e quella statale permetterebbe di estendere i ragionamenti svolti dalla Corte Costituzionale sull'art. 98 c.p.c. all'arbitrato internazionale. A ben vedere, però, questa sarebbe una deduzione inesatta. Invero, la soluzione francese – che è peraltro perfettamente in linea con la concezione transalpina dell'arbitrato internazionale in cui l'ingerenza dell'autorità giudiziaria è ridotta ai minimi termini – è ispirata al *favor arbitrati* e dunque mal si concilia con un divieto assoluto di concedere *security for costs*. Tanto la pronuncia *Lola fleurs* quanto il caso *Pirelli* denotano un'accentuata fiducia nei confronti del sistema arbitrale e nella sua capacità di tutelare l'accesso alla giustizia delle parti in posizioni svantaggiate. Questa fiducia non si può certo tradurre in un divieto assoluto di concedere *cautio pro expensis*, semmai la giurisprudenza francese può essere letta come un invito alla prudenza nell'ordinare tali misure poiché in determinate circostanze potrebbero rivelarsi un ostacolo all'accesso alla giustizia.

Quanto invece alla soluzione adottata dalla giurisprudenza tedesca e portoghese, questa denota una parziale sfiducia nell'arbitrato, quantomeno nella sua capacità di garantire effettivamente l'accesso alla giustizia anche nelle situazioni estreme, quali l'incapienza sopravvenuta di una parte. Questo è il frutto di una concezione del diritto di accesso alla giustizia arbitrale molto più ristretta del diritto di accesso alla giustizia statale. Pertanto qualora questa soluzione venisse importata nel nostro ordinamento, la mancanza di equipollenza tra le due forme di accesso alla giustizia – quella arbitrale e quella statale – non permetterebbe l'applicazione analogica dei ragionamenti e delle conclusioni della Consulta sull'art. 98 c.p.c. alla *security for costs* dell'arbitrato internazionale.

(iii) *Conclusioni sull'ammissibilità della security for costs negli arbitrati italiani*

Alla luce di quanto esposto si deve ritenere che, contrariamente a quanto sostenuto da parte della dottrina³⁶⁷, vi sono dubbi – o meglio, forti dubbi – sulla possibilità di leggere nella dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 98 c.p.c. un divieto assoluto di ordinare *security for costs* nei procedimenti arbitrali che si svolgono in Italia.

Come visto, infatti, la cauzione per le spese ex art. 98 c.p.c. e la *security for costs* in auge nell'arbitrato internazionale si distinguono non solo per le finalità perseguite ma anche, e soprattutto, per le indagini richieste all'organo adito.

Inoltre, l'applicazione analogica dei ragionamenti e delle conclusioni della Corte Costituzionale sembra essere preclusa da quanto poc'anzi illustrato sul rapporto tra il dritto di accesso alla giustizia statale e il diritto di accesso all'arbitrato.

IV.C.2 La security for costs e l'art. 818 c.p.c.

Appurato che la sentenza no. 67 del 1960 della Corte Costituzionale non impedisce *tout court* la concessione delle *security for costs* negli arbitrati internazionali che si svolgono in Italia, è ora possibile individuare quale sia l'organo giudicante che, in ragione dell'art. 818 c.p.c., è competente a ordinare una *cautio pro expensis*.

L'art. 818 c.p.c., come noto, stabilisce che “*Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge*”. Questa norma, che trova applicazione non solo negli arbitrati interni ma anche in quelli internazionali³⁶⁸, sottrae agli arbitri il potere di emettere provvedimenti cautelari prevedendo, secondo alcuni, un vero e proprio divieto³⁶⁹. Solo l'inciso finale della norma, peraltro l'unica novità introdotta dalla riforma del 2006, ha attenuato la drasticità di questa disposizione. Tuttavia, questa attenuazione, oltre ad avere portata assai limitata – invero le uniche eccezioni che si ammettono sono quelle espressamente previste dalla legge, non essendo invece possibile per l'interprete individuarne altre³⁷⁰ –, si spiega per la necessità di coordinare la norma in commento con il d. lgs. no. 5 del 2003 in materia di arbitrato societario, il cui art. 35(5) attribuisce agli arbitri il potere di sospendere l'efficacia della delibera assembleare nei casi in cui la controversia deferita in arbitri abbia ad oggetto la validità della delibera medesima³⁷¹.

A prima vista, quanto appena illustrato sembrerebbe suggerire che nei procedimenti arbitrali italiani la *security for costs* non possa essere concessa dagli arbitri. Prima di giungere a conclusioni affrettate è però opportuno analizzare più da vicino l'art. 818 c.p.c. valutandone *ratio*, portata e

³⁶⁷ Si veda la n. 321 *supra*.

³⁶⁸ F. TOMMASEO, *Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arb.* 1999(1), p. 11.

³⁶⁹ Cfr. RICCI, *Art. 818*, in *Arbitrato* (F. CARPI ed.), cit., p. 589; R. MARENGO, *Art. 818*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato – Commentario* (A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO ed.), Giuffrè, 1994, p. 136. Si veda, inoltre, S. LA CHINA, *L'arbitrato – il sistema e l'esperienza*, 4° ed., Giuffrè, 2011, p. 163, secondo cui, più che di divieto, dovrebbe parlarsi di “vera giuridica impossibilità per gli arbitri di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari”.

³⁷⁰ LA CHINA, *L'arbitrato – il sistema e l'esperienza*, cit., p. 163.

³⁷¹ Sul punto si vedano GHIRGA, *Art. 818*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* (S. MENCHINI ed.), cit., p. 316; SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 626.

natura.

(i) *L'art. 818 c.p.c.: una scelta dovuta o un'infelice idiosincrasia del nostro ordinamento?*

La formulazione dell'art. 818 c.p.c. è stata fortemente criticata dalla dottrina (italiana e non) sin dagli inizi degli anni Novanta³⁷². È dunque inevitabile che la riforma del 2006 sia considerata dai più come “*un'occasione mancata*” per allineare il nostro ordinamento alla maggioranza dei sistemi stranieri dove sono attribuiti ampi poteri cautelari ai tribunali arbitrali³⁷³. Ed è proprio un'analisi comparatistica – anche la più fugace, a dire il vero – a dimostrare che la soluzione adottata dal nostro legislatore non solo non è imposta da principi superiori (e.g. di fonte internazionale, comunitaria o costituzionale), ma è anche tutt'altro che necessaria o universale³⁷⁴. Si deve piuttosto ritenere che l'art. 818 c.p.c. costituisca un'idiosincrasia del nostro sistema che, se interpretata – come alcuni sostengono – nel senso di negare qualsivoglia possibilità per gli arbitri di adottare provvedimenti cautelari e di considerare invalidi o inefficaci i provvedimenti provvisori da essi emanati, scoraggerebbe non poco gli operatori del commercio internazionale dallo scegliere l'Italia come luogo di svolgimento dell'arbitrato, il che si tradurrebbe inevitabilmente anche in un freno allo sviluppo dell'arbitrato internazionale nel nostro ordinamento³⁷⁵.

È noto che la *ratio* dell'art. 818 c.p.c. va rintracciata nell'assenza di poteri coercitivi dei tribunali arbitrali³⁷⁶. Tuttavia, è ormai altrettanto pacifico che questo non può essere un valido motivo per negare la competenza cautelare degli arbitri. Per quanto sia infatti innegabile che gli arbitri non godono di poteri d'imperio, se questo fosse di per sé sufficiente ad escluderne la competenza cautelare, allora si dovrebbe giungere per analogia all'assurda conclusione che gli arbitri non

³⁷² Si veda G. BROGGINI, *I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale: analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera*, in *Riv. arb.* 1991(3), p. 495 che già più di vent'anni fa sottolineava come “*l'esigenza di una maggiore disponibilità del procedimento cautelare, a favore degli arbitri*” si facesse sempre più strada nell'arbitrato internazionale, “*anche in Italia*”.

³⁷³ Di questo avviso è GHIRGA, *Art. 818*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* (S. MENCHINI ed.), cit., p. 311 e 313, la quale fa notare che la scelta di continuare a negare agli arbitri la possibilità di concedere tutela cautelare mal si concilia con il ridimensionamento della strumentalità dei provvedimenti cautelari inaugurata con l'introduzione ad opera della l. n. 80 del 2005 del sesto comma dell'art. 669-octies c.p.c.

³⁷⁴ C. CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato, artt. 633 - 840, disposizioni per l'attuazione, appendice*, 4° ed., IPSOA, 2010, p. 1910-1911; LA CHINA, *L'arbitrato – il sistema e l'esperienza*, cit., p. 165.

³⁷⁵ Di questo avviso sono P. BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, in *Riv. arb.* 2013(2), p. 334-335; DI IORIO, *Art. 818*, in *Commentario del Codice di procedura civile, vol. VII, tomo quarto: articoli 796-840* (diretto da L. P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA), cit., p. 552; TOMMASEO, *Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 29 (“*Negare agli arbitri [...] il potere di individuare misure cautelari, significherebbe allontanare l'arbitrato internazionale di diritto italiano dalle sue fonti vitali e mortificarlo proprio in una delle manifestazioni più significative e innovative, rendendolo poco appetibile alla comunità degli operatori del commercio internazionale che non riuscirebbero a trovare nel diritto italiano strumenti di tutela, altrove da tempo conosciuti e largamente praticati*”).

³⁷⁶ Si vedano, per tutti, F. P. LUIO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. arb.* 1991(2), p. 253; MARENCO, *Art. 818*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato – Commentario* (A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENCO ed.), cit., p. 136; A. BRIGUGLIO, *Art. 818*, in *Dell'arbitrato* (R. VACCARELLA, G. VERDE ed.), UTET, 1997, p. 93.

potrebbero concedere tutela dichiarativa dal momento che anche i lodi di condanna da essi emessi potrebbero richiedere un procedimento di esecuzione nel caso in cui non siano adempiuti spontaneamente³⁷⁷. A ben vedere, dunque, la carenza di poteri coercitivi impedisce agli arbitri solamente di dare esecuzione ai provvedimenti cautelari, ma non di emanarli³⁷⁸. Ciò significa che sarebbe stato più opportuno se, così come avviene per i lodi che decidono in tutto o in parte il merito della controversia, il legislatore avesse concesso agli arbitri la possibilità di emanare provvedimenti cautelari lasciando invece all'autorità giudiziaria il compito – eventuale – di darvi esecuzione³⁷⁹.

L'art. 818 c.p.c. risulta ancora meno giustificato se si considerano i provvedimenti cautelari non necessitano di esecuzione (c.d. misure “*self-executing*”)³⁸⁰ oppure – ed è questo il caso della *security for costs* – quando sono gli arbitri stessi a poter sanzionare il mancato adempimento della misura cautelare. Nella prima ipotesi, infatti, non è necessario l'uso della coazione e quindi l'assenza di poteri d'imperio degli arbitri non giustifica l'impossibilità di emanare misure *self-executing*. Nella seconda ipotesi, invece, sebbene gli arbitri non possano garantire che la parte destinataria del provvedimento vi darà esecuzione, essi potranno comunque sanzionarne il mancato adempimento, rendendo così superfluo il ricorso al potere coercitivo. In altre parole, prendendo come esempio la *security for costs*, sebbene non sia possibile per gli arbitri costringere il destinatario di tale misura a prestare una garanzia a tutela delle spese di lite di controparte, la possibilità di sospendere o dichiarare estinto il processo a causa della mancata prestazione della cauzione sarà sufficiente a tutelare la posizione della parte istante³⁸¹.

Oltre ad essere ingiustificato, l'art. 818 c.p.c. appare anche poco opportuno in quanto crea una disgiunzione tra la tutela di merito e quella cautelare. Questo comporta una serie di conseguenze che sono quantomeno sconvenienti. Innanzitutto, vengono frustrate le aspettative delle parti che intendevano deferire in arbitri la risoluzione delle proprie controversie poiché si permette l'ingerenza dei giudici statali che sono chiamati, anche durante la pendenza del procedimento

³⁷⁷ Cfr., *ex multis*, LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, cit., p. 253; BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, cit., p. 26; GHIRGA, *Art. 818*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* (S. MENCHINI ed.), cit., p. 311.

³⁷⁸ Cfr. P. BERNARDINI, *National Report for Italy (2007)*, in *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement no. 49* (J. PAULSSON, L. BOSMAN ed.), Kluwer Law International, 2007, p. 30; BRIGUGLIO, *Art. 818*, in *Dell'arbitrato* (R. VACCARELLA, G. VERDE ed.), cit., p. 93.

³⁷⁹ Si vedano, a titolo esemplificativo, RICCI, *Art. 818*, in *Arbitrato* (F. CARPI ed.), cit., p. 590; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5° ed., Giappichelli, 2015, p. 78. Si noti l'uso del termine “eventuale” poiché, come vedremo a breve, le misure cautelari concesse dai collegi arbitrali bene potrebbero essere adempiute spontaneamente dalle parti, il che renderebbe superfluo l'intervento delle corti nazionali.

³⁸⁰ BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, cit., p. 334; V. POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, in *Riv. arb.* 2005(1), p. 32; BRIGUGLIO, *Art. 818*, in *Dell'arbitrato* (R. VACCARELLA, G. VERDE ed.), cit., p. 94; BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, cit., p. 23, il quale porta ad esempio l'autorizzazione a sospendere l'esecuzione di un contratto.

³⁸¹ È facile intuire che il convenuto che propone un'istanza di *security for costs* potrà ritenersi soddisfatto non solo se l'attore presta una garanzia per le spese, ma anche – e aggiungerei, soprattutto – se il processo viene dichiarato estinto in seguito alla mancata prestazione della garanzia.

arbitrale, ad accertare il *fumus boni iuris* e quindi si intromettono almeno parzialmente nella sfera di competenza degli arbitri³⁸². Oltre ad essere fonte di inefficienza, questa separazione di poteri potrebbe anche rivelarsi pericolosa in quanto non si può escludere che la tutela provvisoria alteri a tal punto gli equilibri tra le parti da pregiudicare l'esito del giudizio di merito³⁸³. A ciò si aggiunge che l'obbligo di ricorrere ai giudici statali per la tutela provvisoria potrebbe pregiudicare la flessibilità e l'eventuale riservatezza del procedimento arbitrale³⁸⁴. Tutto ciò mette a repentaglio l'autonomia e l'efficienza dell'arbitrato, in contrasto il principio di economia processuale³⁸⁵.

L'inopportunità della soluzione adottata dall'art. 818 c.p.c. è ancora più evidente nell'arbitrato internazionale in cui l'obbligo di rivolgersi ai giudici italiani potrebbe creare non pochi problemi ad almeno una delle parti in causa³⁸⁶. Un esempio servirà ad illustrare questi rischi. Si assuma che un arbitrato con sede a Milano sia in corso di svolgimento tra una società italiana ed una statunitense e che la lingua dell'arbitrato sia l'inglese poiché in inglese è stato redatto il contratto oggetto della disputa e sono state intrattenute le comunicazioni tra le parti. Laddove sorgesse la necessità di un provvedimento cautelare, un'interpretazione restrittiva dell'art. 818 c.p.c. imporrebbe alla società americana di rivolgersi alle corti italiane. Poiché però è verosimile che la società americana non sia rappresentata da legali italiani nell'arbitrato³⁸⁷, essa dovrà rivolgersi a degli avvocati italiani per essere rappresentata nel procedimento cautelare. Questo comporterà un incremento notevole dei costi di rappresentanza – e per certi versi un'inutile duplicazione di costi –, dal momento che i legali italiani dovranno familiarizzare con la disputa *ex novo* e confrontarsi con gli avvocati che già rappresentano la società in arbitrato. Altri costi dovranno poi essere affrontati per la traduzione dei documenti da depositare contestualmente al ricorso cautelare (si pensi al contratto da cui scaturisce la controversia e ai documenti relativi all'arbitrato). Laddove poi la misura cautelare dovrà essere eseguita all'estero, si ricadrà nell'assurda situazione in cui il giudice italiano è, da un lato, competente a decidere sull'istanza cautelare *ex art. 669-quinquies* c.p.c. (in quanto sarebbe stato – si assume – competente a decidere la controversia nel merito in assenza di clausola

³⁸² Cfr. DI LORIO, *Art. 818*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, vol. VII, tomo quarto: articoli 796-840 (diretto da L. P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA), cit., p. 554 e LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 466 (“*Ci pare che l'arbitro sia il soggetto più idoneo ad accertare l'opportunità dell'emissione di misure cautelari, in quanto dispone degli elementi che gli permettono di valutare il fumus boni iuris*”).

³⁸³ TOMMASEO, *Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 16; POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, cit., p. 18. Si veda anche G. TARZIA, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.* 1996(3), p. 475 il quale distingueva tra provvedimenti conservativi o che regolano provvisoriamente una situazione di fatto, da un lato, e provvedimenti anticipatori e d'urgenza, dall'altro, ritenendo che solo i primi possano dirsi ammissibili nel contesto arbitrale proprio perché sono gli unici a non interferire eccessivamente con il procedimento arbitrale.

³⁸⁴ Cfr. POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, cit., p. 18.

³⁸⁵ LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 462; POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, cit., p. 17.

³⁸⁶ È di questo avviso BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, cit., p. 331.

³⁸⁷ Questo scenario si verificherà a maggior ragione se la legge applicabile al merito della controversia non è quella italiana.

compromissoria); dall'altro, totalmente avulso dalla controversia³⁸⁸.

Un'ulteriore perplessità destata dall'art. 818 c.p.c. risiede nel fatto che impendendo ai tribunali arbitrali di concedere misure provvisorie non solo si aumenta l'inefficienza del procedimento arbitrale ma si preclude anche la possibilità che la misura cautelare sia spontaneamente eseguita dalla parte destinataria del provvedimento³⁸⁹.

Infine, sarebbe più logico attendersi che, essendo gli arbitri capaci di vincolare le parti decidendo il merito della controversia, essi siano anche autorizzati a concedere provvedimenti provvisori, dal momento che la tutela cautelare richiede un'*auctoritas* inferiore rispetto a quella necessaria per decidere sul merito e incide in misura minore sulla sfera giuridica delle parti, se non altro per via del suo carattere provvisorio³⁹⁰. Sempre in quest'ottica, appare ancora più logico ritenere che se gli arbitri possono decidere in modo definitivo sul merito della controversia, essi debbano essere anche autorizzati ad adottare provvedimenti che anticipino la decisione nel merito. Per quanto le ragioni poc'anzi illustrate siano a mio avviso più che sufficienti a illustrare l'infondatezza, l'inopportunità e l'illogicità dell'art. 818 c.p.c., se anche si volesse difendere a spada tratta l'anacronistica previsione contenuta nella norma in esame, questa difesa potrebbe valere solo per le misure conservative, mentre risulterebbe risibile per le misure anticipatorie. Invero, se i provvedimenti conservativi non interferiscono con il procedimento arbitrale, in quanto sono volti a conservare lo *status quo* di una situazione di fatto o giuridica in attesa dello svolgimento e della conclusione dell'arbitrato; i provvedimenti anticipatori non fanno altro, come dice il nome stesso, che anticipare la decisione finale di merito; pertanto, attribuire il potere di adottare tali provvedimenti ai giudici nazionali significa – come visto in precedenza – permettere una pericolosa ingerenza che potrebbe anche determinare le sorti della lite³⁹¹.

In conclusione, potendosi escludere che vi sia un'"*incompatibilità ontologica*" tra l'arbitrato e la tutela cautelare³⁹², si deve ritenere che l'art. 818 c.p.c. sia frutto di una scelta – come visto, infelice – del nostro legislatore³⁹³. Ciò detto, per quanto sia auspicabile un'abolizione della restrizione del potere cautelare degli arbitri al più presto, ci si deve domandare *de iure condito* quale sia effettivamente la portata della norma in questione e se abbia natura derogabile o, piuttosto, imperativa. A queste tematiche sono dedicati i seguenti paragrafi.

³⁸⁸ Cfr. BRIGUGLIO, *Art. 818*, in *Dell'arbitrato* (R. VACCARELLA, G. VERDE ed.), cit., p. 93.

³⁸⁹ Sul punto si veda GHIRGA, *Art. 818*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* (S. MENCHINI ed.), cit., p. 311.

³⁹⁰ Questa osservazione è condivisa da LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, cit., p. 253; LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 456; BRIGUGLIO, *Art. 818*, in *Dell'arbitrato* (R. VACCARELLA, G. VERDE ed.), cit., p. 93; DI IORIO, *Art. 818*, in *Commentario del Codice di procedura civile, vol. VII, tomo quarto: articoli 796-840* (diretto da L. P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA), cit., p. 553-554.

³⁹¹ Condivide questa posizione GHIRGA, *Art. 818*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* (S. MENCHINI ed.), cit., p. 313-314, la quale sottolinea che se i provvedimenti conservativi mantengono la loro funzione strumentale anche in seguito alle modifiche apportate dalla l. no. 80 del 2005, i provvedimenti anticipatori e quelli d'urgenza non hanno più tale natura, il che giustifica ancora meno l'interferenza delle corti statali per la loro concessione.

³⁹² SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 625.

³⁹³ Cfr. GHIRGA, *Art. 818*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* (S. MENCHINI ed.), cit., p. 311; SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 626; POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, cit., p. 21.

(ii) *La portata dell'art. 818 c.p.c.*

È opinione diffusa che la riserva di giurisdizione statale in materia cautelare operi con riferimento a tutte le tipologie di provvedimenti provvisori, siano essi previsti dal Codice di rito, dal Codice civile, ovvero da leggi speciali³⁹⁴.

Da un punto di vista meramente esegetico, è stato sostenuto che l'espressione "*Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari [...]*" va intesa in senso lato, dovendosi leggere non un riferimento ai soli provvedimenti conservativi ma a tutte le forme di tutela cautelare³⁹⁵.

Altri autori sono giunti alla medesima conclusione basandosi su un'interpretazione di carattere sistematico, argomentando che poiché il richiamo dell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. – il quale dispone che la disciplina dettata dagli artt. 669-*bis* ss. si applica a tutti i provvedimenti cautelari conosciuti dal nostro ordinamento³⁹⁶ – ricomprende anche l'art. 669-*quinquies* – relativo alla competenza del giudice togato in ambito cautelare in presenza di convenzione d'arbitrato –, allora la riserva statale in materia cautelare si estende a tutte le misure interinali³⁹⁷.

Mi pare che questa opinione vada condivisa in quanto la volontà del legislatore di estendere il divieto a tutte le misure cautelari si evince chiaramente dalla formulazione dell'art. 818 c.p.c.

Ciò detto, prima di escludere definitivamente la competenza degli arbitri di concedere tutela cautelare, bisogna accertare se gli arbitri sono autorizzati a concedere misure provvisorie quando si è in presenza di una clausola compromissoria che investe il tribunale arbitrale esplicitamente o *per relationem* – ossia richiamando un regolamento d'arbitrato – dei poteri cautelari. In altre parole, è necessario stabilire se il divieto contenuto nell'art. 818 c.p.c. è derogabile o meno.

(iii) *La natura dell'art. 818 c.p.c.: norma imperativa o derogabile?*

Secondo la tesi tradizionale, che sembrerebbe sposata ancora oggi dalla dottrina maggioritaria, l'art. 818 c.p.c. è una norma imperativa³⁹⁸. A giustificazione di questa posizione si adducono

³⁹⁴ Si vedano, per tutti, DI LORIO, *Art. 818*, in *Commentario del Codice di procedura civile, vol. VII, tomo quarto: articoli 796-840* (diretto da L. P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA), cit., p. 556; RICCI, *Art. 818*, in *Arbitrato* (F. CARPI ed.), cit., p. 591; POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, cit., p. 20-21.

³⁹⁵ Analizza in questo senso la lettera dell'art. 818 c.p.c. LA CHINA, *L'arbitrato – il sistema e l'esperienza*, cit., p. 165, il quale ritiene che il divieto si estenda anche alla cauzione giacché trattasi di una "*misura che sempre consiste nell'imporre un vincolo attuale per un esito eventuale di altre procedure*".

³⁹⁶ Si tenga presente che la sentenza della Corte Costituzionale no. 26 del 28 gennaio 2010 ha dichiarato parzialmente incostituzionale l'art. 669-*quaterdecies* nella parte in cui, omettendo il richiamo ai provvedimenti di istruzione preventiva, impediva in presenza di convenzione d'arbitrato di ricorrere a tali mezzi di prova. Si deve dunque ritenere che, in seguito a tale pronuncia, l'art. 669-*quaterdecies* si riferisca a tutti i provvedimenti cautelari conosciuti dal nostro ordinamento.

³⁹⁷ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 628-630.

³⁹⁸ Sono di questo avviso, tra gli altri, RICCI, *Art. 818*, in *Arbitrato* (F. CARPI ed.), cit., p. 593; GHIRGA, *Art. 818*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* (S. MENCHINI ed.), cit., p. 312; LA CHINA, *L'arbitrato – il sistema e l'esperienza*, cit., p. 163 (che parla addirittura di "*giuridica impossibilità*" per gli arbitri di adottare provvedimenti provvisori); BROGGINI, *I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale: analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera*, cit., p. 495. Questa tesi è stata sostenuta anche da autori stranieri, cfr. POUURET, BESSON, *Comparative Law*

solitamente la “*rilevanza pubblicistica delle norme processuali*” e la drasticità del dato letterale della norma che ammette sì deroghe, ma solo limitatamente alle ipotesi espressamente previste dalla legge³⁹⁹. I più tenaci sostenitori di questa soluzione affermano addirittura che l’art. 818 c.p.c. rientra tra le norme di ordine pubblico⁴⁰⁰.

Va da sé che considerare l’art. 818 c.p.c. una norma imperativa o addirittura di ordine pubblico equivale ad escludere la derogabilità della riserva di giurisdizione statale in materia cautelare. Così facendo, inoltre, data l’ampia portata della norma in esame, si esclude la possibilità per i giudici non togati di avere qualsivoglia potere in ambito cautelare, ad eccezione di quelli che gli sono attribuiti *ex lege*. Questi corollari impongono ai sostenitori della tesi tradizionale di interrogarsi sulle sorti della clausola compromissoria che investe gli arbitri di poteri cautelari. La visione sul punto non è unitaria. Alcuni ritengono che il carattere imperativo dell’art. 818 c.p.c. determini la nullità della convenzione d’arbitrato⁴⁰¹; altri sostengono che la nullità non intacchi il patto d’arbitrato per intero ma solo la parte con cui si investono gli arbitri dei poteri cautelari⁴⁰²; altri ancora, infine, considerano che la clausola compromissoria sia inefficace ma solo con riferimento alle misure cautelari non *self-executing* ossia quelle che, in caso di inottemperanza, richiedono l’intervento coercitivo dei giudici togati⁴⁰³. Quanto invece alle eventuali misure provvisorie ordinate dagli arbitri in violazione del divieto *ex art. 818 c.p.c.*, si ritiene che siano affette da inesistenza⁴⁰⁴ o nullità⁴⁰⁵.

La tesi tradizionale appena illustrata viene però criticata da più voci, che riconoscono agli arbitri italiani poteri cautelari più o meno ampi.

Secondo un’idea assai diffusa, in presenza di una convenzione d’arbitrato che conferisce poteri cautelari agli arbitri si deve ammettere la possibilità per questi ultimi di adottare provvedimenti

of International Arbitration, cit., § 606 e BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 414.

³⁹⁹ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 630-631, la quale sembra tuttavia lasciare aperto uno spiraglio per gli arbitri di adottare provvedimenti cautelari efficaci solo sul piano privatistico quando tali poteri gli siano attribuiti dalla convenzione d’arbitrato.

⁴⁰⁰ È di questo avviso C. CECHELLA, *L’arbitrato*, UTET, 1991, p. 201.

⁴⁰¹ Cfr. RICCI, *Art. 818*, in *Arbitrato* (F. CARPI ed.), cit., p. 593; GHIRGA, *Art. 818*, in *La nuova disciplina dell’arbitrato* (S. MENCHINI ed.), cit., p. 312. Sono del medesimo avviso anche TOMMASEO, *Lex fori e tutela cautelare nell’arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 24; POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, cit., p. 21 e LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 457, tuttavia, non è chiaro come questi autori concilino la nullità della clausola compromissoria con la tesi da essi sostenuta che gli arbitri possano emanare o “raccomandare” provvedimenti provvisori con efficacia meramente sul piano privatistico (si veda *infra* le n. 406-407).

⁴⁰² Si vedano P. M. PATOCCHI, P. MARZOLINI, *Article 22 – Power of the Arbitral Tribunal*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary* (U. DRAETTA, R. LUZZATTO ed.), JurisNet, LLC, 2012, p. 319, i quali, tuttavia, non sembrano dell’idea che l’art. 818 c.p.c. escluda *in toto* la possibilità per gli arbitri di esercitare poteri cautelari in quanto riconosco che essi possano “raccomandare” provvedimenti provvisori (Id., p. 319-320) e ritengono che gli svantaggi pratici derivanti dall’art. 818 c.p.c. e le critiche mosse a tale disposizione dagli accademici siano spesso eccessive (Id., p. 315-316 e 320).

⁴⁰³ Si veda BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, cit., p. 20.

⁴⁰⁴ LA CHINA, *L’arbitrato – il sistema e l’esperienza*, cit., p. 163-164.

⁴⁰⁵ POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, cit., p. 21.

provvisori aventi efficacia contrattuale⁴⁰⁶ o quanto meno di “raccomandare” provvedimenti di tale natura⁴⁰⁷. Questi provvedimenti non potrebbero essere oggetto di esecuzione forzata in caso di mancato adempimento spontaneo, ma sarebbero comunque idonei a vincolare le parti su un piano prettamente privatistico. Ne discende che un’eventuale inottemperanza darebbe luogo al diritto di risarcimento del danno in favore della parte che ha ottenuto il provvedimento cautelare rimasto ineseguito. Ad ogni modo, è opinione diffusa che le misure cautelari concesse dai tribunali arbitrali sono spesso adempiute spontaneamente, poiché un’eventuale inottemperanza potrebbe influenzare in negativo le valutazioni degli arbitri nel prosieguo della controversia⁴⁰⁸.

A favore della derogabilità dell’art. 818 c.p.c. si sono schierati anche alcuni autori stranieri, che hanno giustificato la preminenza della volontà delle parti sulla *lex arbitri* in ragione dell’art. II della Convenzione di New York che obbliga gli Stati contraenti – nella fattispecie, l’Italia – a riconoscere le clausole compromissorie⁴⁰⁹. La soluzione suggerita da questi autori differisce da quella poc’anzi illustrata non solo per il fatto di fare leva sulla Convenzione di New York, ma anche perché ammette la possibilità per gli arbitri di adottare misure cautelari solo quando ciò sia stato espressamente pattuito nella clausola compromissoria (e dunque non anche nei casi in cui le parti si limitino a richiamare un regolamento d’arbitrato che conferisce agli arbitri poteri cautelari). Un’altra differenza riguarda poi l’efficacia attribuita alle misure emesse dagli arbitri, che vengono considerate non già efficaci su un piano meramente privatistico, ma piuttosto eseguibili all’estero a condizione che il *forum executionis* lo permetta⁴¹⁰.

Personalmente ritengo più convincenti le tesi che negano il carattere imperativo dell’art. 818

⁴⁰⁶ Si vedano BRIGUGLIO, *Art. 818*, in *Dell’arbitrato* (R. VACCARELLA, G. VERDE ed.), cit., p. 94; MARENGO, *Art. 818*, in *La nuova disciplina dell’arbitrato – Commentario* (A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO ed.), cit., p. 136-137; CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato, artt. 633 - 840, disposizioni per l’attuazione, appendice*, cit., p. 1911; PATOCCHI, MARZOLINI, *Article 22 – Power of the Arbitral Tribunal*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary* (U. DRAETTA, R. LUZZATTO ed.), cit., p. 319; LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 457-458; P. BIAVATI, *Il procedimento nell’arbitrato societario*, in *Riv. arb.* 2003(1), p. 43-44, n. 44.

⁴⁰⁷ Cfr. TOMMASEO, *Lex fori e tutela cautelare nell’arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 26-27 e Pozzi, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, cit., p. 22-23, i quali fanno entrambi riferimento all’art. 47 della Convenzione di Washington (che istituì l’ICSID), secondo cui “*the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party*”.

⁴⁰⁸ Condividono questo pensiero anche BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, cit., p. 20; TOMMASEO, *Lex fori e tutela cautelare nell’arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 28 e LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., § 23-83 (“*The lack of coercive powers is at least partly compensated by the persuasive powers of the tribunal. It can draw negative inferences from non-compliance with its orders or take that into account when deciding on the cost of an arbitration. Therefore provisional measures ordered by the tribunal are invariably complied with voluntarily*”).

⁴⁰⁹ Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2459-2460; BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 418-419. Entrambi gli autori sottolineano però che, nella prassi, è verosimile che i tribunali arbitrali siano restii a concedere misure cautelari quando la *lex arbitri* impone un divieto in tal senso, preferendo eventualmente limitarsi a fare delle raccomandazioni.

⁴¹⁰ BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 419.

c.p.c. Quanto al fondamento della derogabilità dell'art. 818 c.p.c., questo va a mio avviso rintracciato, non tanto nell'art. II della Convenzione di New York⁴¹¹, ma nell'ampio spazio che la nostra legge sull'arbitrato (considerata nel suo insieme) concede all'autonomia delle parti. Emblematico al riguardo è il primo comma dell'art. 816-*bis* c.p.c., che permette di modellare diversi aspetti del procedimento arbitrale, tra i quali le modalità di svolgimento e la lingua. È proprio in quest'ottica che va letto il divieto previsto dall'art. 818 c.p.c., ovvero sia nell'ottica di un legislatore che se ha inteso attribuire alle parti notevoli margini di manovra nello stabilire le regole del proprio "gioco", difficilmente avrà voluto impedirgli di ottenere misure cautelari direttamente dagli arbitri.

A questo ragionamento si potrebbe obiettare che l'art. 818 c.p.c. non prevede alcuna derogabilità ad opera delle parti ma, anzi, stabilisce espressamente che solo nelle ipotesi previste dal legislatore gli arbitri possano concedere misure provvisorie. A mio avviso, però, questo inciso della norma va interpretato come un'apertura alla possibilità per gli arbitri di adottare provvedimenti provvisori, non già come una restrizione ulteriore. Sarebbe dunque sbagliato fare leva sulla conclusione dell'art. 818 c.p.c. per giustificare l'inderogabilità della riserva statutale in materia cautelare.

Da quanto appena illustrato si ricava che quando le parti non hanno stabilito alcunché nella convenzione d'arbitrato le uniche misure cautelari di competenza degli arbitri italiani saranno aolo quelle espressamente previste dal nostro legislatore, mentre per tutte le altre forme di tutela interinale sarà necessario rivolgersi ai giudici togati. Diversamente, quando le parti investono gli arbitri di poteri cautelari (sia espressamente che mediante richiamo a un regolamento arbitrale), la relativa tutela potrà essere concessa tanto dalle corti nazionali quanto dagli arbitri. A questi è infatti concesso di adottare tutti i provvedimenti provvisori ritenuti opportuni (non solo quelli conosciuti dal diritto italiano)⁴¹² con l'unico limite che, in caso di mancato adeguamento spontaneo, non si potrà richiedere l'intervento dei giudici italiani per ottenere l'esecuzione forzata⁴¹³. Sarà invece possibile cercare l'esecuzione all'estero purché ciò sia consentito dalla legge del *forum executionis*⁴¹⁴. Nei casi in cui questa via non sia percorribile sarà la volontà di non destare impressioni negative negli arbitri a dissuadere dall'inadempimento. Emblematico al riguardo è l'arbitrato ICC no. 14709, dove un tribunale arbitrale avente sede a Milano ha invitato una parte a continuare la fornitura di una determinata quantità di beni su base mensile in pendenza del

⁴¹¹ Questa norma peraltro non potrebbe operare se l'art. 818 c.p.c. fosse ritenuta di ordine pubblico.

⁴¹² Cfr. LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 467 secondo cui "l'arbitro nella scelta della misura cautelare ha una libertà maggiore del giudice statale poiché egli può fare ricorso a tipi previsti da ordinamenti diversi da quello della sede dell'arbitrato".

⁴¹³ PATOCCHI, MARZOLINI, *Article 22 – Power of the Arbitral Tribunal*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary* (U. DRAETTA, R. LUZZATTO ed.), cit., p. 320.

⁴¹⁴ Condivide questo pensiero BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, cit., p. 21, secondo cui "[l]a corte straniera potrà dare rilevanza all'accordo delle parti e prestare la richiesta assistenza o potrà, al contrario, ritenere che l'esercizio da parte dell'arbitro del potere in questione contrasta con il suo ordine pubblico e rifiutare di conseguenza la sua assistenza".

procedimento arbitrale e tale invito è stato adempiuto spontaneamente⁴¹⁵. La soluzione suggerita non crea inoltre nessun problema a livello di efficacia per i provvedimenti *self-executing*, giacché per essi non è richiesta alcuna attuazione⁴¹⁶. Per quanto riguarda poi nello specifico la *security for costs*, la garanzia dell'efficacia di tale misura risiede nel potere degli arbitri di sanzionarne l'inottemperanza sospendendo il procedimento arbitrale o dichiarandolo estinto. Sebbene questo non equivalga ad ottenere la prestazione della garanzia richiesta, sarà comunque sufficiente a tutelare la parte istante, scongiurando il rischio che risulti vincitrice ma non sia in grado di ottenere la rifusione delle spese.

Come detto, le conclusioni appena illustrate si giustificano in ragione dell'ampio spazio lasciato dalla nostra legge sull'arbitrato (in particolar modo dall'art. 816-*bis* c.p.c.) all'autonomia delle parti. Bisogna però dare atto del fatto che, di recente, è stato sostenuto che la derogabilità dell'art. 818 c.p.c. vada rintracciata, non già nell'autonomia delle parti, quanto piuttosto nel combinato disposto tra le previsioni del regolamento arbitrale richiamato che attribuiscono competenza cautelare agli arbitri ed il sesto comma dell'art. 832 c.p.c.⁴¹⁷. Questa disposizione, dedicata all'arbitrato amministrato, prevede che *“Se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo”*. Si è così argomentato – *a contrario* – che, nei casi in cui l'istituzione arbitrale accetti invece di amministrare la controversia, il regolamento arbitrale richiamato derogherà tutti *“i precedenti capi”*, espressione che include anche l'art. 818 c.p.c.

Per quanto la tesi in commento sia originale ed interessante, ritengo che l'ultimo comma dell'art. 832 c.p.c. sia insufficiente a giustificare la derogabilità dell'art. 818 c.p.c. Trovo infatti strano che il nostro legislatore abbia inteso ammettere una deroga all'art. 818 c.p.c. solo nelle ipotesi in cui le parti richiamino un regolamento arbitrale e non anche in presenza di una convenzione d'arbitrato che espressamente attribuisce poteri interinali agli arbitri. La logica suggerisce che è proprio in quest'ultima ipotesi che si giustifica maggiormente la deroga alla riserva statutale in ambito cautelare, in quanto la volontà delle parti risulta in modo più manifesto⁴¹⁸. A ciò si aggiunge che gli stessi sostenitori di questa tesi riconoscono l'esistenza di diverse obiezioni⁴¹⁹. Su tutte la più convincente è quella che sottolinea come questa interpretazione condurrebbe a una differenza ingiustificata tra l'arbitrato amministrato, dove in base al regolamento richiamato gli arbitri potrebbero essere competenti a concedere provvedimenti cautelari, e l'arbitrato *ad hoc*, in cui invece tale possibilità non esisterebbe. Tentare di spiegare questa differenza sulla base di un'asserita preferenza mostrata dal legislatore per l'arbitrato amministrato rispetto a quello *ad*

⁴¹⁵ Come riportato da PATOCCHI, MARZOLINI, *Article 22 – Power of the Arbitral Tribunal*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary* (U. DRAETTA, R. LUZZATTO ed.), cit., p. 320, n. 33.

⁴¹⁶ Cfr. BRIGUGLIO, *Art. 818*, in *Dell'arbitrato* (R. VACCARELLA, G. VERDE ed.), cit., p. 94.

⁴¹⁷ BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, cit., p. 336 ss.

⁴¹⁸ Si veda in proposito la tesi sostenuta da Born e Boog (cfr. *supra* le n. 409-410 e il testo di riferimento) che addirittura considerano l'art. 818 c.p.c. derogabile solo quando la clausola arbitrale attribuisce espressamente poteri cautelari agli arbitri.

⁴¹⁹ BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, cit., p. 338-340.

*hoc*⁴²⁰ è, a mio avviso, poco persuasivo.

IV.C.3 Conclusioni sulla competenza in materia di security for costs negli arbitrati internazionali che si svolgono in Italia

Alla luce di quanto esposto in precedenza, si deve ritenere che nei procedimenti arbitrali internazionali che si svolgono in Italia non esiste una preclusione *tout court* per la concessione di *security for costs*. Invero, le differenze esistenti tra la cauzione per le spese *ex art. 98 c.p.c.* e la *cautio pro expensis* in auge nell'arbitrato internazionale impediscono di ricavare dalla dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 98 c.p.c. un divieto assoluto di ordinare *security for costs* nel panorama arbitrale italiano.

Quanto all'organo competente cui rivolgersi per la concessione di questa misura, va escluso che l'art. 818 c.p.c. costituisca un ostacolo insormontabile ed assoluto alla competenza del collegio arbitrale. Sebbene questa norma neghi agli arbitri la possibilità di concedere provvedimenti provvisori e abbia una portata molto ampia (tale da ricomprendere tutte le tipologie di misure cautelari conosciute dal nostro ordinamento), si tratta pur sempre, a mio avviso, di una norma derogabile. Ne discende che le parti sono libere di attribuire poteri cautelari al tribunale arbitrale, vuoi inserendo nella clausola compromissoria una dichiarazione esplicita in tal senso, vuoi *per relationem* richiamando un regolamento arbitrale che contenga disposizioni specifiche sulla *security for costs* (e.g. Regolamento LCIA) oppure sulla competenza cautelare in senso lato (e.g. Regolamento ICC).

Ciò detto, al fine di stabilire con esattezza la competenza degli arbitri italiani a concedere *security for costs* è opportuno distinguere tra i tre seguenti scenari: (i) un arbitrato internazionale *ad hoc* che si svolge in Italia secondo le regole del codice di procedura civile; (ii) un arbitrato internazionale italiano amministrato da un'istituzione (ad esempio LCIA, SCC, SIAC e CEPANI) le cui regole procedurali attribuiscono espressamente il potere di ordinare *security for costs* agli arbitri; e (iii) un arbitrato internazionale italiano amministrato dall'ICC o da altra istituzione il cui regolamento concede ampi poteri cautelari agli arbitri senza però attribuirgli espressamente il potere di ordinare *security for costs*⁴²¹.

Nel primo scenario, di regola, l'art. 818 c.p.c. impedirà agli arbitri di concedere qualsivoglia provvedimento cautelare, e dunque anche di ordinare la prestazione di una garanzia per le spese di lite di controparte. Fanno eccezione solo le ipotesi in cui la clausola compromissoria conferisce espressamente agli arbitri il potere di concedere *security for costs* o, più in generale, il potere di concedere tutela cautelare. In tutti gli altri casi, invece, le parti dovranno rivolgersi ai giudici togati anche se, così facendo, è realistico attendersi che le probabilità di accoglimento di un'istanza di

⁴²⁰ Id., p. 338-339.

⁴²¹ A questo secondo scenario è equiparabile – ai fini di questo scritto – anche l'ipotesi di un arbitrato internazionale *ad hoc* che si svolge in Italia secondo il Regolamento UCNITRAL (sia nella versione del 1976 che nella versione del 2010) che non disciplina espressamente la *cautio pro expensis*.

security for costs si riducano drasticamente. Invero, le tipologie di provvedimenti cautelari che un giudice togato può ordinare in supporto a un procedimento arbitrale internazionale sono limitate rispetto a quelle che possono essere concesse dagli arbitri⁴²². Mentre gli arbitri possono concedere qualsivoglia misura provvisoria, le corti statali sono generalmente vincolate dalla *lex fori* (anche se sarebbe auspicabile che sul punto si considerasse altresì la *lex causae*)⁴²³. Pertanto, poiché la *security for costs* non ha equivalenti nel nostro sistema, potrebbe rivelarsi decisamente arduo convincere un giudice italiano a concedere tale misura in supporto a un arbitrato internazionale che si svolge in Italia. A mio avviso, il ricorrente ben potrebbe argomentare che la *security for costs* rientra tra i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., sostenendo che le condizioni economiche di controparte e/o le sue condotte mettono a repentaglio il diritto alla rifusione delle spese in caso di vittoria nel procedimento arbitrale, dando luogo a “*un pregiudizio imminente e irreparabile*”. L'accoglimento di questa interpretazione è però tutt'altro che scontato, specialmente se si considera che le nostre corti potrebbero essere in qualche misura influenzate dalla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 98 c.p.c. Per quanto questa pronuncia non possa trovare applicazione analogica nel contesto arbitrale⁴²⁴, non è difficile pensare che i giudici italiani possano mostrare delle remore a concedere una misura assimilabile – anche se, come visto, solo parzialmente – a un istituto dichiarato incostituzionale dalla Consulta.

Nel secondo scenario, invece, il divieto contenuto nell'art. 818 c.p.c. non troverà applicazione in quanto sarà derogato dal richiamo al regolamento arbitrale che investe *apertis verbis* gli arbitri del potere di adottare *security for costs*. Spetterà dunque di norma al ricorrente decidere se presentare la propria istanza ai giudici italiani o direttamente al tribunale arbitrale, a meno che la scelta non sia obbligata da un'eventuale riserva in favore dei giudici non togati contenuta nel regolamento d'arbitrato⁴²⁵. In ogni caso, è a mio avviso consigliabile per il ricorrente rivolgersi al collegio arbitrale per vari motivi. In primo luogo, i giudici italiani potrebbero essere poco inclini a concedere tale misura per le ragioni poc'anzi evidenziate, essendo verosimilmente condizionati dalla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 98 c.p.c. Per contro, è difficile che un tribunale arbitrale sia influenzato da questa pronuncia, specialmente se si compone in tutto o in parte di arbitri stranieri. Inoltre, il tribunale arbitrale si trova nella posizione migliore sia per valutare l'opportunità di concedere una *security for costs* sia per accertare il *fumus boni iuris*⁴²⁶, che – come visto *supra* nella Sezione III.B.2(iv) – in queste circostanze richiede di considerare non solo le probabilità di successo nel merito della controversia ma anche le probabilità di ottenere al termine del procedimento una pronuncia di rifusione delle spese⁴²⁷.

⁴²² Cfr. *supra* la n. 412 e il testo di riferimento.

⁴²³ Cfr. *supra* la Sezione IV.A.2(i).

⁴²⁴ Si veda *supra* la Sezione IV.C.1(iii).

⁴²⁵ È questo il caso dell'art. 25(4) del Regolamento LCIA (cfr. *supra* le n. 285-287 e il testo di riferimento).

⁴²⁶ Cfr. LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 466-467.

⁴²⁷ A queste valutazioni di carattere pratico, si aggiunge anche – su un piano sistematico e per certi versi più teorico – l'opportunità di limitare il ricorso ai giudici statali per ottenere una *cautio pro expensis* in relazione a

Anche nel terzo scenario (che è verosimilmente quello più frequente) si giunge ad analoghe conclusioni. In queste ipotesi, mancando una disposizione specifica sulla *security for costs*, la competenza degli arbitri di concedere tale misura si ricava dalle disposizioni regolamentari che attribuiscono poteri cautelari *lato sensu* ai giudici non togati⁴²⁸. Tali previsioni derogano infatti al divieto contenuto nell'art. 818 c.p.c., lasciando così al ricorrente la scelta sul se rivolgersi all'autorità giudiziaria oppure al collegio arbitrale, soluzione quest'ultima che ritengo più opportuna per le ragioni poc'anzi esposte.

procedimenti arbitrali solo alle rare ipotesi in cui l'arbitrato si svolge in un ordinamento che impedisce agli arbitri di ordinare provvedimenti cautelari o in cui le parti hanno imposto dei limiti *ratione materiae* ai poteri cautelari degli arbitri (cfr. *supra* la Sezione IV.A.3).

⁴²⁸ Si pensi all'art. 28(1) del Regolamento ICC e all'art. 22(2) del Regolamento CAM, nonché all'art. 26 del Regolamento UNCITRAL nelle sue diverse versioni.

V. I PRESUPPOSTI PER LA CONCESSIONE DI UN'ISTANZA DI SECURITY FOR COSTS

Una volta accertata la competenza dell'organo giudicante adito a conoscere un'istanza di *security for costs* sulla base delle regole illustrate nel Capitolo IV, è necessario interrogarsi sulle modalità di esercizio di tale potere. Questo compito richiede in particolare di analizzare quali siano i presupposti da considerare per decidere se concedere o meno una *cautio pro expensis*.

Poiché, come visto, la tendenza degli ordinamenti che disciplinano la *security for costs* è quella di riservare agli arbitri la competenza a pronunciarsi su questa misura⁴²⁹ e in generale l'intervento dei giudici togati in materia si giustifica solo in ipotesi eccezionali⁴³⁰, l'analisi di questo Capitolo verrà condotta privilegiando il punto di vista dei tribunali arbitrali, relegando i presupposti considerati dai giudici nazionali nel concedere *cautio pro expensis* ad occasionali raffronti.

Prima di addentrarci nell'analisi dei vari requisiti potenzialmente rilevanti, giova premettere che mancano precise indicazioni al riguardo tanto nelle leggi nazionali sull'arbitrato, quanto nei regolamenti istituzionali e nella prassi arbitrale internazionale. Questo si traduce, da un lato, in un'ampia libertà per gli arbitri di decidere quali presupposti considerare e quale importanza attribuirgli⁴³¹; dall'altro, nel rischio – peraltro poco gradito agli operatori del commercio internazionale – di decisioni imprevedibili e poco uniformi a livello globale.

Se per certi versi c'è incertezza sulle modalità di esercizio del potere discrezionale degli arbitri nell'analizzare le stanze di *security for costs*, per altri versi però la giurisprudenza arbitrale è costante quantomeno nel ritenere che queste misure vadano concesse solo in ipotesi eccezionali⁴³².

⁴²⁹ Si veda *supra* la Sezione IV.A.1.

⁴³⁰ Mi riferisco ai casi in cui l'arbitrato si svolge in un ordinamento che impedisce agli arbitri di ordinare provvedimenti cautelari e a quelli in cui le parti hanno imposto dei limiti *ratione materiae* ai poteri cautelari degli arbitri (cfr. la Sezione IV.A.3 *supra*).

⁴³¹ Si vedano RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 320 (che parla di “complete discretion”); GU, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 184-185 (secondo cui il tribunale gode di “unfettered discretionary power”). Cfr., inoltre, le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Preamble, § 4: “arbitrators [...] usually have a broad discretion to decide what procedures to adopt and issues to take account of when considering an application for security for costs”*.

⁴³² Si vedano arbitrato *ad hoc* con sede a Zurigo, ordinanza processuale del 27 novembre 2002, in *ASA Bulletin* vol. 23(1), 2005, p. 112-114, § 4.1 e 4.10; arbitrato ICC no. 8223, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 72 ss.; arbitrato ICC no. 10032, ordinanza processuale del 9 novembre 1999, § 45, in KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 348; arbitrato ICC no. 11405, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 17(2), 2006, p. 96, § 25; arbitrato ICC no. 11798, lodo non definitivo del dicembre 2002, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 54; arbitrato ICC no. 12228, ordinanza processuale del 11 giugno 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 38 ss., § (ix); arbitrato ICC no. 12732, ordinanza processuale del gennaio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 62, § 9; arbitrato ICC no. 12853, ordinanza processuale del 3 dicembre 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 80, § 2; arbitrato ICC no. 13070, lodo non definitivo del 2006, in WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-37; arbitrato ICC no. 13620, ordinanza processuale del maggio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 66, § 2.5; arbitrato ICC no. 13646, ordinanza processuale no. 3 del 2005, in WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-36; arbitrato ICC no. 14020, ordinanza processuale del novembre 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 68, § 11; arbitrato ICC no. 14433, ordinanza processuale dell'ottobre 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 73, § 45; arbitrato ICC no. 14993,

Questa concezione – avallata peraltro dalla dottrina pressoché unanime⁴³³ –, è a mio avviso pienamente condivisibile, e si giustifica in quanto l'ordine di prestare una garanzia per le spese di lite di controparte, unito al rischio di sospensione o estinzione del procedimento arbitrale in caso di inottemperanza (e in alcune ipotesi al rischio che le domande presentate dalla parte inadempiente vengano rigettate), potrebbe rivelarsi un ostacolo insormontabile all'accesso alla giustizia arbitrale. È dunque l'eventualità di impedire la prosecuzione di un'azione con ragionevoli probabilità di successo solamente a causa delle condizioni economiche della parte ingiunta che suggerisce un approccio molto cauto in quest'ambito.

Non va confuso per cautela (come detto, condivisibile) lo scetticismo (molto meno condivisibile) con cui la *security for costs* è stata inizialmente accolta nell'arbitrato internazionale⁴³⁴. Questa sorta di ostilità era diffusa soprattutto tra i giuristi di *civil law* che, provenendo da sistemi a cui questo istituto era prevalentemente ignoto, lo consideravano un'idiosincrasia del diritto anglosassone⁴³⁵. Con il trascorrere del tempo, però, questa visione si è propagata anche a giurisdizioni in cui invece la *security for costs* è assai conosciuta. Emblematico al riguardo è il pensiero espresso da Lord Mustill nel caso *Coppée Lavalin v. Ken-Ren* per convincere i propri colleghi – come sappiamo senza successo – a rigettare l'istanza di *security for costs*:

ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 78, § 7; arbitrato ICC (no. non riportato), ordinanza processuale (data non riportata), in *ASA Bulletin* vol. 15(2), 1997, p. 378, § 55; arbitrato *Swiss Chambers' Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportato), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 53, § 8.1; arbitrato ZCC no. 415, ordinanza processuale no. 4 del 20 novembre 2001, in *ASA Bulletin* vol. 20(3), p. 470, § 10. In alcune circostanze, la giurisprudenza arbitrale ha collegato il carattere eccezionale della *cautio pro expensis* con il pagamento – o il mancato pagamento – degli anticipi sugli onorari degli arbitri e sui costi amministrativi dell'istituzione arbitrale, cfr. l'arbitrato ICC no. 11399, lodo non definitivo, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 36 ss., § 7.8 (in cui il tribunale ha ritenuto che il carattere eccezionale della *security for costs* si giustificasse per via del fatto che, nella fattispecie, ciascuna parte aveva versato la propria quota di anticipi a copertura degli onorari degli arbitri e dei costi amministrativi dell'ICC) con l'arbitrato ICC no. 12035, ordinanza processuale del 6 giugno 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 28 ss., § 39 (in cui invece l'eccezionalità della *security for costs* è stata fatta dipendere dal mancato pagamento della quota di anticipi del ricorrente).

⁴³³ Cfr. POUDRET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., § 610; KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 343; FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. GAILLARD, J. SAVAGE ed.), cit., § 1256; L. CRAIG, W. PARK, J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3° ed., Oceana Publications, Inc., 2000, p. 468; *contra* REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 412-413, secondo cui la *security for costs* non dovrebbe più essere percepita come un'idiosincrasia del diritto inglese ma come un'arma processuale altamente efficace e ciò in ragione del fatto che la *loser pays rule* e il *third-party funding* stanno divenendo sempre più la norma nell'arbitrato internazionale.

⁴³⁴ Cfr., *ex multis*, REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 399-401; KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 339. Sempre in quest'ottica si spiega la decisione dell'ICC di non menzionare espressamente la *cautio pro expensis* nel proprio regolamento, scelta che secondo alcuni è stata dettata dalla volontà di scoraggiare il proliferare di questo tipo di misura (DERAINS, SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, cit., p. 297), evitando di trasmettere il messaggio che si tratti di un provvedimento ordinario (CRAIG, PARK, PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 468).

⁴³⁵ Si vedano sul punto RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 320 e 376; HENDERSON, *Security for Costs in Arbitration in Singapore*, cit., p. 66.

“I believe that a court faced with a request for interim measures arising from an arbitration in which a body such as the I.C.C. is involved should be careful not to cut across the parties' expectation of a general homogeneity of internal and external procedures, independent of the identity of the arbitrators and of the national legal regime prevailing in the place where they perform their tasks. It is for this reason that the House should in my opinion attach significance to the fact that in the international arbitrating community security of costs is very much a minority measure”⁴³⁶.

Oltre all’etichetta di idiosincrasia del diritto anglosassone e alla mancanza di familiarità tanto delle parti quanto degli arbitri con la *security for costs*, per giustificare la riluttanza a concedere questa misura negli arbitrati internazionali sono stati addotti altri argomenti, quali: (i) il rischio di impedire la prosecuzione di un’azione potenzialmente meritevole di tutela solo in ragione delle condizioni economiche dell’attore, (ii) il rischio di condizionare l’analisi del merito della controversia pregiudicando il prosieguo della controversia; (iii) l’ampia possibilità di circolazione dei lodi permessa dalla Convenzione di New York; e (iv) il rischio di aumentare i costi e dilatare i tempi dell’arbitrato⁴³⁷.

A ben vedere, però, nessuna delle suddette ragioni autorizza un tribunale arbitrale ad approcciare un’istanza di *cautio pro expensis* con scetticismo o, addirittura, a rigettare tale istanza.

Innanzitutto, definire la *security for costs* un’idiosincrasia inglese sarebbe molto riduttivo. Come visto, questo istituto ha radici molto profonde che vanno rintracciate addirittura nel diritto romano⁴³⁸ e, per quanto siano pochi gli ordinamenti che disciplinano la *security for costs* direttamente nella *lex arbitri*, delle misure analoghe sono conosciute (erano conosciute, nel caso dell’Italia) in molti sistemi giuridici⁴³⁹. Prova ne è l’art. 17 della *Convention on Civil Procedure* dell’Aja del 1954 che, pur stabilendo alcuni limiti alla concessione di *security for costs* nel contenzioso internazionale, non esclude *tout court* la possibilità di chiedere e ottenere una garanzia per le spese di lite.

Nemmeno la mancanza di familiarità con questa misura è un argomento convincente. Se ciò fosse sufficiente a giustificare l’ostilità nei confronti della *security for costs*, si dovrebbe per la

⁴³⁶ *Coppée Lavalin S.A. N.V. v. Ken-Ren Chemicals & Fertilisers Ltd. (In Liquidation in Kenya)* e *Voest-Alpine A.G. v. Ken-Ren Chemicals & Fertilisers (In Liquidation in Kenya)* [1995] 1 A.C. 38, 63G. Un approccio più restrittivo nell’arbitrato internazionale rispetto a quello domestico è stato adottato anche dalle corti di Singapore. Si veda al riguardo la pronuncia *Zhong Da Chemical Development Co. Ltd. V. Lanco Industries Ltd.* [2009] 3 SLR 1017, § 14:

“Thus whilst in the usual case [negli arbitrate domestici] where the circumstances are evenly balanced, it is ordinarily just to order security against a foreign plaintiff in an application under the IAA [International Arbitration Act], it is my view that where the circumstances are evenly balanced, it would ordinarily be just to dismiss the application for security”.

⁴³⁷ REDFERN, O’LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 400; RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 376.

⁴³⁸ Si vedano *supra* le n. 27-29 e il testo di riferimento.

⁴³⁹ Si pensi alla Germania (sezione 110 ZPO), al Belgio (art. 851 del *Code judiciaire*) e all’Austria (sezione 57 del codice di procedura civile). Cfr. inoltre l’arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 23, in PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, cit., p. 406, secondo cui la visione della *security for costs* come idiosincrasia del diritto inglese è oggi anacronistica.

medesima ragione negare l'accesso all'arbitrato internazionale ad altri istituti del diritto anglosassone quali la *discovery* e la *cross-examination* dei testimoni. Come noto, però, oggi giorno entrambi gli istituti trovano applicazione in quasi tutti gli arbitrati internazionali, ivi inclusi quelli che non presentano elementi di contatto con Paesi di *common law*. Ciò si deve al fatto che l'arbitrato internazionale è un luogo di incontro e commistione delle diverse culture giuridiche di cui vengono recepite le caratteristiche considerate più funzionali⁴⁴⁰, pertanto l'estraneità di un istituto ad alcuni sistemi giuridici non può escluderne l'ammissibilità nell'arbitrato.

Per quanto riguarda il rischio di condizionare l'analisi del merito per il prosieguo della controversia, questo è un pericolo che si corre ogniqualvolta è richiesto un provvedimento anticipatorio, pertanto, di per sé, non può giustificare il rigetto dell'istanza⁴⁴¹. Semmai tale rischio richiede agli arbitri di adottare alcuni accorgimenti, tra cui: evitare di considerare la misura cautelare come immutabile o addirittura come un vincolo per la decisione sul merito, evitare una preclusione psicologica circa le argomentazioni avanzate dalle parti nelle successive fasi processuali⁴⁴², e chiarire esplicitamente nell'ordinanza processuale o nel lodo con cui si concede la misura cautelare che con tale provvedimento non si intende pregiudicare la decisione sul merito della controversia⁴⁴³.

Anche il fatto che la circolazione dei lodi sia notevolmente agevolata dalla Convenzione di New York non legittima l'esclusione della *security for costs* dal panorama arbitrale. Difatti, come messo in luce nell'introduzione del presente scritto, la Convenzione di New York non è sempre sufficiente a tutelare la parte che, risultata vincitrice in arbitrato, abbia ottenuto un lodo di condanna della controparte alla rifusione delle spese. Non solo l'*iter* per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione del lodo potrebbe rivelarsi dispendioso (in termini sia economici che di tempo) e imprevedibile (poiché i giudici del *forum executionis* conservano sempre un margine di discrezionalità per negare l'*exequatur* ai sensi dell'art. V della Convenzione), ma nel caso di incapacienza della parte soccombente vi sarebbe il rischio di non poter eseguire coattivamente il lodo nonostante si stato riconosciuto. Facendo affidamento sulla sola Convenzione di New York ci si potrebbe trovare nella paradossale situazione in cui un soggetto, convenuto in arbitrato e dunque costretto per certi aspetti a difendersi dalle pretese attoree, veda vanificata anche solo la possibilità di recuperare le proprie spese di lite per via dell'incapacienza della controparte e l'impossibilità di ottenere una *security for costs*.

⁴⁴⁰ BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 1.238.

⁴⁴¹ Cfr. REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 401.

⁴⁴² È di questo avviso BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2478.

⁴⁴³ Cfr. CARON, CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, cit., p. 523, "it is important that the tribunal make clear that the issuance of interim measures does not prejudice subsequent determinations". L'adozione di un tale accorgimento è frequente nell'arbitrato internazionale, come dimostra l'arbitrato NAI no. 2212, lodo in *summary proceedings* del 28 luglio 1999, in *Y.C.A.* vol. XXVI, 2001, p. 204, § 20: "It remains to be emphasized that the conclusions reached through this analysis concerning the merits of the case are necessarily preliminary and tentative. Therefore, nothing contained herein should be taken as an indication of what the arbitral tribunal's ultimate conclusions on the merits may be".

Da ultimo, il rischio di aumentare i costi e dilatare i tempi dell'arbitrato è un'argomentazione certamente insufficiente a giustificare lo scetticismo nei confronti della *security for costs*. Tuttalpiù il tribunale potrà decidere di allocare i costi della sotto-fase processuale relativa alla *security for costs* in ragione dell'esito della controversia. Questo sarebbe di per sé sufficiente a compensare ogni eventuale aumento dei costi di lite e ritardo nell'aggiudicazione della causa.

Delle ragioni addotte a sostegno dello scetticismo nei confronti della *cautio pro expensis* residua dunque solo il rischio di impedire la prosecuzione di un'azione potenzialmente meritevole di tutela. Questo pericolo merita certamente di essere considerato con attenzione, ma sarebbe inappropriato ritenerlo sufficiente a rigettare un'istanza di *security for costs* o addirittura a determinare l'inammissibilità *tout court* di tale misura nell'arbitrato internazionale⁴⁴⁴. Semmai, le implicazioni del rischio di impedire l'accesso alla giustizia sono altre. Innanzitutto, sarà uno degli elementi che gli arbitri dovranno considerare nell'esercizio del proprio potere discrezionale⁴⁴⁵ e, in particolar modo, nell'operazione di *balancing of interests* tra le posizioni delle parti in causa cui sono chiamati gli arbitri nel decidere sulle istanze cautelari⁴⁴⁶. Inoltre, fungerà da monito per gli arbitri invitandoli a quella condivisibile cautela che, come detto poco sopra, ha caratterizzato l'approccio sia della dottrina che della giurisprudenza all'istituto in esame⁴⁴⁷.

Tutto ciò premesso, è ora possibile addentrarci nell'analisi del potere discrezionale degli arbitri in materia di *security for costs* e delle sue modalità di esercizio. Questo Capitolo si propone in primo luogo di individuare la legge che regola i presupposti per la concessione della *security for costs* (Sezione V.A). Successivamente, verranno analizzati uno per uno i presupposti potenzialmente rilevanti per decidere se concedere o meno tale misura (Sezione V.B). Infine, sarà proposto un test di portata generale che possa essere adottato dai tribunali arbitrali nel decidere le istanze di *security for costs* (Sezione V.C).

V.A La legge applicabile ai presupposti per la concessione della *security for costs*

Individuare la legge che regola i presupposti per la concessione di una misura cautelare è un compito distinto dalla determinazione della legge applicabile al potere degli arbitri di concedere la medesima misura⁴⁴⁸. Come illustrato nella Sezione IV.B, la competenza cautelare degli arbitri si determina considerando nell'ordine: (i) le norme imperative dettate dall'ordinamento della sede; (ii) le disposizioni contenute nella clausola compromissoria (ivi incluso il richiamo a regole istituzionali che attribuiscono al tribunale arbitrale poteri cautelari); e, in assenza di indicazioni utili nelle due suddette fonti, (iii) la disciplina derogabile della *lex arbitri*. È dunque evidente che, sul punto, un ruolo primario viene svolto dal diritto della sede. Ciò si giustifica, lo si è visto in

⁴⁴⁴ Condividono questa idea REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 400-401.

⁴⁴⁵ Id., p. 400.

⁴⁴⁶ Si vedano *supra* le n. 42-44, 214-215 e il testo di riferimento. Cfr. inoltre la Sezione V.B.6 *infra*.

⁴⁴⁷ Cfr. *supra* le n. 432-433 e il testo di riferimento.

⁴⁴⁸ Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2463.

precedenza, in quanto è nell'ordinamento della sede – e più precisamente nella sua *lex arbitri* – che si rinvencono solitamente i poteri del tribunale arbitrale⁴⁴⁹, ed è sempre in questo ordinamento che la procedura è radicata, a prescindere dal fatto che la lite presenti con esso il collegamento più stretto⁴⁵⁰.

Diverse sono però le logiche che riguardano l'esercizio del potere cautelare degli arbitri e, di conseguenza, l'individuazione della legge che regola i requisiti da valutare per la concessione di provvedimenti interinali. Sul punto, sono molteplici gli approcci adottati dalla giurisprudenza arbitrale e suggeriti dalla dottrina.

V.A.1 Il diritto dell'ordinamento della sede

In primo luogo, alcuni ritengono che i presupposti per la concessione dei provvedimenti cautelari vadano individuati sulla base del diritto della sede, per ciò intendendosi vuoi la *lex arbitri*⁴⁵¹, vuoi il diritto processuale interno⁴⁵². Questo approccio è stato criticato per diversi motivi.

Innanzitutto, si è argomentato che la *lex arbitri* non può fungere da fonte di riferimento in materia perché la stragrande maggioranza delle leggi nazionali sull'arbitrato si limitano ad attribuire agli arbitri una generica competenza in ambito cautelare, senza disciplinare le modalità di esercizio di tale potere⁴⁵³. Sebbene sia innegabile che molte delle *leges arbitri* attualmente in vigore tacciano sui presupposti per la concessione delle misure cautelari⁴⁵⁴, quello appena esposto non è a mio avviso un argomento convincente perché non spiega l'asserita irrilevanza della *lex arbitri* nei casi in cui questa contenga delle indicazioni al riguardo. Peraltro questo argomento smetterebbe di poter essere invocato se la tendenza a livello globale cambiasse, cosa che si è già parzialmente verificata negli ultimi anni in seguito alla revisione della Legge Modello UNICTRAL del 2006, il cui art. 17A detta le "*Conditions for granting interim measures*"⁴⁵⁵. Sono infatti diversi i Paesi che hanno aggiornato la propria legge sull'arbitrato inserendo delle disposizioni volte a regolare l'esercizio del potere cautelare dei giudici non togati. Tra questi si annoverano: Austria⁴⁵⁶, Bahrain⁴⁵⁷, Corea del

⁴⁴⁹ Id., p. 2458.

⁴⁵⁰ Si vedano *supra* le n. 302-303, 312 e il testo di riferimento.

⁴⁵¹ Si veda sul punto l'arbitrato ICC no. 8786, lodo non definitivo del 1996, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), 2001, p. 751 ss., § 14, in cui il tribunale fa riferimento ai requisiti previsti dall'art. 183 LDIP essendo la sede dell'arbitrato in Svizzera.

⁴⁵² Questa soluzione è stata adottata nell'arbitrato NAI no. 1694, lodo non definitivo del 12 dicembre 1996, in *Y.C.A.* vol. XXIII, 1998, p. 104, § 25-26 e nell'arbitrato NAI no. 2212, lodo in *summary proceedings* del 28 luglio 1999, in *Y.C.A.* vol. XXVI, 2001, p. 203-204, § 12-20, i quali si rifanno entrambi ai presupposti dettati dal diritto processuale olandese.

⁴⁵³ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2464.

⁴⁵⁴ Si veda *supra* la n. 144 e il testo di riferimento.

⁴⁵⁵ Cfr. *supra* le n. 152-154 e il testo di riferimento. Sembra di questo avviso anche BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 429 secondo cui le *leges arbitri* redatte sulla base della Legge Modello UNCITRAL del 2006 "*may well serve as a valid foundation for determining the prerequisites for ordering interim measures in an international arbitration*".

⁴⁵⁶ La sezione 593(1) del Codice di procedura civile austriaco permette oggi agli arbitri di concedere misure

Sud⁴⁵⁸, Hong Kong⁴⁵⁹, Jamaica⁴⁶⁰ e Nuova Zelanda⁴⁶¹.

La seconda critica alla rilevanza del diritto della sede (in senso lato) è invece più concettuale. Si fa infatti notare che sarebbe illogico fare dipendere i requisiti per la concessione di una misura provvisoria dal luogo della sede dell'arbitrato, poiché significherebbe adottare criteri potenzialmente diversi per la concessione del medesimo provvedimento interinale in controversie identiche (per nazionalità delle parti e *lex causae*) a seconda di dove sia fissata la sede⁴⁶².

Per quanto riguarda invece nello specifico il diritto processuale interno, condivido l'opinione della dottrina maggioritaria – e accolta anche dalla prassi arbitrale – secondo cui è inopportuno importare nel panorama arbitrale internazionale la disciplina dettata per la concessione delle misure cautelari nelle controversie di competenza dell'autorità giudiziaria⁴⁶³. È infatti assai verosimile che nel determinare la sede dell'arbitrato le parti non intendessero affatto recepirne anche il diritto processuale interno (salvo ovviamente la possibilità di stabilire il contrario nella convenzione d'arbitrato)⁴⁶⁴. Men che meno sarebbe opportuno rifarsi a tale disciplina nei casi in cui la sede non sia stabilita dalle parti ma dagli arbitri o dall'istituzione arbitrale. A ciò si aggiunge che gli arbitri potrebbero avere ben poca familiarità con questa disciplina e che è quantomeno dubbio che il legislatore della sede intendesse regolare alla stessa stregua la disciplina cautelare nelle cause

provvisorie “*if the enforcement of the claim were otherwise frustrated or significantly impeded, or there were a risk of irreparable harm*”.

⁴⁵⁷ Che con la l. no. 9 del 2015 ha recepito integralmente la Legge Modello UNCITRAL nella sua versione del 2006.

⁴⁵⁸ Cfr. la sezione 18-2 del *Korean Arbitration Act* (Act no. 1767 del 1966 emendato da ultimo con l'Act no. 14176 del 29 maggio 2016).

⁴⁵⁹ Dove la sezione 36 della *Hong Kong Arbitration Ordinance* riproduce il testo dell'art. 17A della Legge Modello UNCITRAL (versione 2006).

⁴⁶⁰ Cfr. la sezione 21 dell'*Arbitration Act 2017* (Act no. 13 del 21 giugno 2017) che ricalca sostanzialmente l'art. 17A della Legge Modello UNCITRAL (versione 2006).

⁴⁶¹ Si veda la sezione 17B(1) della *Schedule 1* del *New Zealand Arbitration Act*.

⁴⁶² BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2464-2465 fa l'esempio di una controversia di natura contrattuale tra una società statunitense ed una francese regolata dal diritto inglese e sostiene che sarebbe ingiustificato decidere se concedere o meno un provvedimento per la conservazione dei beni oggetto della disputa utilizzando criteri diversi a seconda che la sede sia negli Stati Uniti, in Francia in Inghilterra o altrove.

⁴⁶³ Sono di questo parere anche BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 430, il quale addirittura ritiene che “*even drawing inspiration from national rules seems questionable*”; e VOSER, *Interim Relief in International Arbitration: The Tendency towards a More Business-Oriented Approach*, cit., p. 175-176. In giurisprudenza merita una menzione particolare a questo proposito l'arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Mr. X c. Mrs. Y*), decisione del 17 maggio 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 19-20, § 20-23, in cui gli arbitri ritennero di non poter decidere l'istanza di *cautio pro expensis* basandosi sul Codice di procedura civile del Cantone di Berna nonostante l'accordo delle parti permettere al tribunale di ispirarsi a detto Codice come fonte sussidiari (“*Certainly, the mentioned reference cannot and does not mean that the Berne Code of Civil Procedure shall apply without taking due account of the fact that this is an international arbitration*”). Ad una conclusione analoga è giunto il tribunale nell'arbitrato NAI (no. non riportato), lodo non definitivo del 12 luglio 1985, in *Y.C.A.* vol. XI, 1986, p. 190, § 2, che ha ritenuto irrilevante nel contesto arbitrale la disciplina dettata dal Codice di procedura civile olandese in materia di *cautio pro expensis*.

⁴⁶⁴ Sembra di questo avviso anche il tribunale nell'arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 19, in PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, cit., p. 405 anche se nel prediligere l'applicazione degli *standards* adottati dalla prassi arbitrale internazionale lascia aperta la porta sia al diritto procedurale della sede che a quello della *lex causae* (id., § 21 a p. 406).

dinnanzi ai propri giudici e negli arbitrati internazionali con sede nel proprio territorio. Se questa fosse stata la sua intenzione, sarebbe invero bastato effettuare un richiamo al diritto processuale interno nella *lex arbitri*.

V.A.2 La legge applicabile al merito della controversia – *lex causae*

La seconda soluzione adottata per individuare i presupposti per la concessione dei provvedimenti cautelari consta nell'applicazione della legge applicabile al merito della controversia⁴⁶⁵. Anche questa alternativa viene però criticata.

In primo luogo si osserva che la scelta delle parti di applicare una determinata legge per la risoluzione della propria controversia ha ben poco a che vedere con i presupposti per la concessione di tutela provvisoria⁴⁶⁶.

Si argomenta inoltre che il riferimento alla *lex causae* potrebbe condurre a risultati indesiderati quando le domande avanzate dalle parti siano da decidere sulla base di leggi diverse. Questo potrebbe essere il caso di una controversia avente ad oggetto più contratti regolati da leggi diverse oppure di una disputa in cui le parti abbiano avanzato pretese sia di natura contrattuale che di natura extracontrattuale⁴⁶⁷.

Da ultimo si aggiunge che gli ordinamenti nazionali spesso omettono di disciplinare i requisiti per la concessione di misure provvisorie nell'arbitrato internazionale e, come già illustrato in precedenza con riferimento alla *lex arbitri*, sarebbe inopportuno riferirsi ai presupposti dettati dal diritto processuale dell'ordinamento la cui legge è stata scelta per regolare il merito della controversia⁴⁶⁸. Questo per due ragioni fondamentali. *In primis*, è da escludere che scegliendo la *lex causae* le parti intendessero anche riferirsi al diritto processuale del medesimo ordinamento; se questo ragionamento è fallace per il diritto processuale della sede, *a fortiori* lo sarà anche per il diritto processuale degli altri ordinamenti. Anche se si volesse prescindere da questo ragionamento, come detto poc'anzi, è assai dubbio che un legislatore nazionale abbia inteso regolare alla stessa stregua la disciplina cautelare nelle cause dinnanzi ai propri giudici e negli arbitrati internazionali con sede nel proprio territorio.

⁴⁶⁵ Cfr. sul punto l'arbitrato NAI no. 2212, lodo in *summary proceedings* del 28 luglio 1999, in *Y.C.A.* vol. XXVI, 2001, p. 203-204, § 10-20, che richiama i requisiti del diritto processuale olandese, essendo la legge olandese sia la *lex causae* (Id., § 10) che la *lex arbitri* (Id., § 12). In dottrina si veda POUURET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., § 624: "The conditions for the making and contents of such measures result either from procedural rules freely agreed upon by the parties or, in the absence thereof, determined by the arbitrators, or from the *lex causae*".

⁴⁶⁶ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2465. In giurisprudenza, si veda l'arbitrato ICC no. 13359, ordinanza processuale del febbraio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 64, § 6, in cui il tribunale ha stabilito che nessuna importanza dovesse essere attribuita alla *lex causae* nel decidere su un'istanza di *security for costs*.

⁴⁶⁷ Id., p. 2465.

⁴⁶⁸ Id., p. 2465.

V.A.3 La piena discrezionalità degli arbitri

Per superare le critiche mosse alle due teorie sopra illustrate, che si rifanno entrambe al diritto nazionale, è stato da più parti suggerito che i tribunali arbitrali godono di piena discrezionalità nell'individuare i presupposti per la concessione delle misure cautelari⁴⁶⁹. Per quanto questa tesi si addica al carattere transnazionale dell'arbitrato e tenti di trascendere dal diritto nazionale, non si può non rilevare che sarebbe per certi versi insoddisfacente lasciare agli arbitri una discrezionalità assoluta in materia. Invero, alla discrezionalità degli arbitri (per alcuni aspetti auspicabile) farebbero da contraltare un altro grado di imprevedibilità e il rischio di decisioni disomogenee (corollari certamente molto meno desiderabili).

V.A.4 Gli standards diffusi nella prassi arbitrale internazionale

Appurato che tutte le soluzioni illustrate in precedenza non permettono di individuare in modo convincente i requisiti per la concessione delle misure cautelari, la soluzione oggi apparentemente più diffusa sembra essere quella secondo cui i suddetti requisiti vadano determinati sulla base degli *standards* generalmente adottati dalla giurisprudenza arbitrale internazionale⁴⁷⁰. Tra i vantaggi di

⁴⁶⁹ Si vedano P.A. KARRER, P. A. STRAUB, *Switzerland*, in *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration* (F.-B. WEIGAND ed.), cit., § 12.119 (“*The ordering of interim and conservatory measures is at the full discretion of the arbitral tribunal*”); VOSER, *Interim Relief in International Arbitration: The Tendency towards a More Business-Oriented Approach*, cit., p. 176 (“*the arbitral tribunal whose seat is in Switzerland but also in other jurisdictions is at liberty to define the requirements for granting interim measures and to apply them as it considers most appropriate*”). Si veda anche J. D. M. LEW, *Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*, in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 26:

“21. Accordingly, where the parties have not agreed otherwise, arbitrators can either use the rules available under the law applicable to the arbitration, or settle the issue without making any reference to the applicable law.

22. The first approach - *i.e.* for the arbitrators to rely on a national law - is the safer but less rational one. It means that there may be little consistency, due to the diversity in handling requests for interim measures”.

⁴⁷⁰ Si vedano l'arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Mr. X c. Mrs. Y*), decisione del 17 maggio 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 20, § 23 (in cui il tribunale, ritenendo di non potere decidere un'istanza di *security for costs* basandosi sul Codice di procedura civile del Cantone di Berna richiamato dalle parti nel *Terms of reference*, imposta il proprio ragionamento sulla base dei “*general principles developed in international arbitration*”); l'arbitrato *Geneva Chamber of Commerce and Industry* (no. non riportato), decisione del 25 settembre 1997, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), p. 745 ss., § 8 (in cui il tribunale individua i criteri per l'esercizio del potere di ordinare una *security for costs* rivolgendo la propria attenzione, *inter alia*, alla pronuncia *Coppée Lavalin v. Ken-Ren* e ad autorevole dottrina nel panorama dell'arbitrato); e l'arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 21, in PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, cit., p. 406 (“*The Arbitral Tribunal therefore concludes that the standards under which the requirements for granting or denying security for costs in this case are to take into account French and/or Maltese procedural law, but should also be sought in the transnational consensus emerging from the aforesaid two procedural laws and international materials and decisions issued by international arbitration tribunals*”). In dottrina, sposano questa tesi BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2465; BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 5.31; KAUFMANN-KOHLER, RIGOZZI, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, cit., § 6.119-6.120; VOSER, *Interim Relief in International Arbitration: The Tendency towards a More Business-Oriented Approach*, cit., p. 176 (la quale, pur ritenendo che gli arbitri godano di piena discrezionalità nel determinare i presupposti per la concessione di un provvedimento cautelare— cfr. *supra* la n. 469 –, focalizza la sua attenzione sui requisiti generalmente riconosciuti

questa soluzione si annoverano: la flessibilità e la possibilità di adattare maggiormente la tutela d'urgenza nel contesto arbitrale alle esigenze del commercio internazionale⁴⁷¹, nonché la maggior prevedibilità e omogeneità dei risultati⁴⁷², che a loro volta aumentano la fiducia nel sistema arbitrale⁴⁷³.

V.A.5 Conclusione

Alla luce di quanto illustrato mi pare si possa concludere che il ricorso agli *standards* adottati dalla prassi arbitrale internazionale presenti notevoli vantaggi. Tuttavia, sarebbe un errore ritenere che questi *standards* possano trovare automatica applicazione in qualsiasi procedimento arbitrale internazionale. Mi pare infatti vi siano validi motivi per escludere o circoscrivere la loro applicazione in almeno due ipotesi: (i) quando la *lex arbitri* disciplina espressamente i requisiti per la concessione delle misure cautelari; e (ii) quando le parti hanno raggiunto un accordo sui presupposti da considerare per la concessione dei provvedimenti d'urgenza (anche eventualmente mediante un richiamo ad un regolamento d'arbitrato) oppure sulla legge applicabile a tali requisiti.

Per quanto riguarda la *lex arbitri*, si è già detto che la tendenza dei legislatori nazionali a non regolare la questione in oggetto sia di per sé insufficiente a giustificare l'irrelevanza di tale fonte, come da alcuni sostenuto⁴⁷⁴. Anche l'altra critica mossa alla *lex arbitri* – ossia che sarebbe illogico far dipendere i requisiti per la concessione della medesima misura cautelare solo dalla scelta della sede⁴⁷⁵ – non è del tutto convincente. Difatti, se si ammette che la *lex arbitri* è in grado di determinare la competenza degli arbitri in materia cautelare (si veda *supra* la Sezione IV.B), con il risultato che gli arbitri potrebbero essere o meno competenti in materia a seconda di dove sia stabilita la sede dell'arbitrato; mi pare che – a maggior ragione – non sorgano problemi se a dipendere dalla scelta della sede siano i requisiti rilevanti al fine della concessione della tutela d'urgenza. Peraltro, mi pare più che verosimile che quando le parti determinano la sede si aspettino che sia la legge sull'arbitrato di tale ordinamento a regolare il procedimento (ovviamente salvo eventuali deroghe alle norme non imperative previste dalla clausola compromissoria o dal regolamento arbitrale eventualmente richiamato). Contrariamente a quanto sostenuto da

dai tribunali internazionali e dalla dottrina).

⁴⁷¹ Cfr. BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 428.

⁴⁷² Questo concetto viene illustrato nel dettaglio da BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2465:

“These international sources are consistent with the parties' reasonable expectations, because they ensure that (a) a single, uniform standard will be applied to requests for provisional measures in an arbitration; (b) a single, uniform standard will apply to the same sorts of requests regardless what the seat of the arbitration may be; and (c) the standard for provisional relief will be tailored to international arbitral procedures, rather than to the procedures of a national court system”.

⁴⁷³ Condivide questo pensiero BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 428.

⁴⁷⁴ Si vedano *supra* le n. 454-461 e il testo di riferimento.

⁴⁷⁵ Cfr. *supra* la n. 462 e il testo di riferimento.

autorevole dottrina⁴⁷⁶, questo assunto vale anche per i requisiti per la concessione delle misure cautelari qualora questi siano regolati dalla *lex arbitri*. Ne discende che, quando la *lex arbitri* fornisce delle indicazioni al tribunale arbitrale su come esercitare il proprio potere cautelare, gli arbitri dovranno applicare tale disciplina, potendo gli *standards* adottati dalla prassi arbitrale internazionale servire tutt'al più integrare la disciplina nazionale⁴⁷⁷.

La *lex arbitri* dovrà invece cedere il passo quando le parti abbiano stabilito i presupposti da considerare per la concessione dei provvedimenti d'urgenza (anche eventualmente mediante un richiamo ad un regolamento d'arbitrato⁴⁷⁸) oppure quando si siano accordate sulla legge applicabile a tali requisiti. La preminenza dell'accordo tra le parti sulla disciplina derogabile della *lex arbitri* si deve, come già illustrato in precedenza⁴⁷⁹, al ruolo centrale rivestito dell'autonomia delle parti nell'arbitrato internazionale e alla natura pattizia di questo metodo di risoluzione delle controversie. Ovviamente, però, la preminenza dell'accordo tra le parti non si verifica quando la disciplina dettata sul punto dalla *lex arbitri* sia di carattere imperativo e, dunque, inderogabile⁴⁸⁰.

Quanto appena esposto permette di concludere che i requisiti rilevanti per la concessione di un provvedimento cautelare vanno determinati considerando nell'ordine: (i) le norme imperative contenute nella *lex arbitri*; (ii) la disciplina prevista dall'accordo tra le parti, ivi inclusa quella dettata dal regolamento d'arbitrato eventualmente richiamato nella clausola compromissoria; (iii) le norme derogabili contenute nella *lex arbitri*; e, solo laddove le tre fonti precedenti non facciano chiarezza (iv) gli *standards* adottati dalla prassi arbitrale internazionale. Ai questi ultimi, come detto, si potrebbe anche far ricorso per integrare la disciplina derogabile contenuta nella *lex arbitri* qualora il tribunale consideri che il diritto della sede sia di per sé insufficiente a orientare l'esercizio del proprio potere cautelare.

Per quanto concerne nello specifico la *security for costs*, non può non rilevarsi come gli *standards* accettati dalla prassi arbitrale rivestano un ruolo assolutamente centrale. Il perché è facilmente intuibile. Innanzitutto, come visto, è assai infrequente che la *lex arbitri* preveda una disciplina specifica relativa alla *cautio pro expensis*. Anche quando ciò avviene, la disciplina dettata dai legislatori nazionali è tutt'altro che dettagliata. In Inghilterra, per esempio, la sezione 38(3) dell'*Arbitration Act* 1996 prevede semplicemente che la *security for costs* non possa essere

⁴⁷⁶ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2464-2465.

⁴⁷⁷ A scanso di equivoci giova sottolineare che l'unica porzione rilevante dell'ordinamento della sede è la *lex arbitri*, sarebbe invece altamente inopportuno per gli arbitri rivolgersi al diritto processuale interno per la ragione sopra evidenziate (cfr. la n. 463 e il testo di riferimento).

⁴⁷⁸ Si pensi per esempio agli arbitrati condotti sulla base del Regolamento UNCITRAL 2010, il cui art. 26(3) individua i requisiti che il ricorrente deve soddisfare per ottenere un provvedimento provvisorio (per una discussione di questi requisiti si veda *supra* la Sezione III.B.2(iii)).

⁴⁷⁹ Si vedano *supra* le n. 307-309 e il testo di riferimento.

⁴⁸⁰ Cfr. BOOG, *The laws governing interim measures in international arbitration*, in *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), cit., p. 427 secondo cui i criteri per la concessione dei provvedimenti cautelari vanno determinati considerando nell'ordine: (i) le norme imperative dettate dalla *lex fori* e/ dalla *lex causae*; (ii) l'accordo delle parti; (iii) gli *standards* adottati dalla prassi arbitrale internazionale; e (iv) le previsioni eventualmente contenute nella legge sostanziale applicabile al merito della controversia.

concessa sulla base della residenza o del luogo della sede legale o amministrativa dell'attore⁴⁸¹. Previsioni pressoché identiche sono contenute nella sezione 23K(2) della legge australiana sull'arbitrato, nella sezione 12(4) della legge sull'arbitrato di Singapore e nella sezione 19(2) dell'*Irish Arbitration Act*⁴⁸². Ciò significa che anche i tribunali con sede negli ordinamenti menzionati godono di un potere discrezionale decisamente ampio in materia di *security for costs*⁴⁸³. Difficilmente la situazione cambierà volgendo l'attenzione alla clausola compromissoria. Invero, è raro che le parti stabiliscano espressamente i presupposti per la concessione della *cautio pro expensis* e anche i regolamenti istituzionali si limitano solitamente ad attribuire agli arbitri la competenza a concedere tale misura senza però regolare le modalità di esercizio di tale potere⁴⁸⁴.

Ne discende che, a prescindere dal luogo in cui le parti hanno stabilito la sede dell'arbitrato, gli arbitri godranno generalmente di un'ampia discrezionalità nel decidere i presupposti da analizzare per la concessione o meno di un'istanza di *security for costs*. Questa discrezionalità dovrà a mio avviso essere esercitata facendo ricorso agli *standards* accettati dalla prassi arbitrale internazionale, alla cui analisi è dedicata la Sezione successiva.

V.B I presupposti per la concessione della *security for costs*

Come già illustrato in precedenza⁴⁸⁵, l'indagine condotta dagli arbitri per la concessione di una *security for costs* passa necessariamente attraverso la valutazione dei presupposti tipici delle misure cautelari nell'arbitrato internazionale, ovvero: competenza *prima facie*, *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e *balancing of interests*. A questi requisiti, che si possono definire "classici" della

⁴⁸¹ La sezione 38(3) dell'*Arbitration Act* 1996 stabilisce che:

"The tribunal may order a claimant to provide security for the costs of the arbitration. This power shall not be exercised on the ground that the claimant is—

- (a) an individual ordinarily resident outside the United Kingdom, or
- (b) a corporation or association incorporated or formed under the law of a country outside the United Kingdom, or whose central management and control is exercised outside the United Kingdom".

⁴⁸² Si noti che le altre *leges arbitri* discusse in questo scritto (quella neozelandese e quella di Hong Kong) non dettano invece alcun criterio per la concessione delle *security for costs* ad opera degli arbitri.

⁴⁸³ Con riferimento alla sezione 38(3) dell'*Arbitration Act* 1996, si vedano *Russell on Arbitration* (D. S. J. SUTTON, J. GILL QC, M. GEARING QC ed.), 24° ed., Sweet & Maxwell, 2015, § 5-084 e l'arbitrato ICC no. 14020, ordinanza processuale del novembre 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 68, § 7 ("*Section 38 of the Arbitration Act offers no guidance as to when the entry of an order for security for costs is appropriate*").

⁴⁸⁴ L'unica eccezione è rappresentata dall'art. 38(2) del Regolamento SCC, che dispone come segue:

- "In determining whether to order security for costs, the Arbitral Tribunal shall have regard to:
- (i) the prospects of success of the claims, counterclaims and defences;
 - (ii) the Claimant's or Counterclaimant's ability to comply with an adverse costs award and the availability of assets for enforcement of an adverse costs award;
 - (iii) whether it is appropriate in all the circumstances of the case to order one party to provide security; and
 - (iv) any other relevant circumstances".

È chiaro tuttavia che la disposizione conclusiva di questa norma lascia sostanzialmente immutata l'ampiezza della discrezionalità degli arbitri.

⁴⁸⁵ Si veda *supra* la Sezione III.B.2(iv).

tutela cautelare, se ne aggiungono però altri che sono “specifici” della *cautio pro expensis*. Prima di passare a un’analisi dettagliata di questi requisiti “specifici”, è opportuno soffermarsi su alcuni aspetti del *fumus boni iuris* cui in precedenza si è solamente accennato.

V.B.1 Il fumus boni iuris

Si è già detto di come l’analisi del *fumus boni iuris* in relazione alla *security for costs* presenti delle peculiarità, in quanto agli arbitri è richiesta un’indagine atipicamente bifasica in cui vengono in risalto non solo le relative probabilità di successo delle parti nel merito della controversia, ma anche e soprattutto l’applicazione del principio di soccombenza⁴⁸⁶. Entrambe queste componenti meritano di essere analizzate più nel dettaglio.

(i) L’applicazione del principio di soccombenza

La logica impone che il primo presupposto da considerare per decidere qualsiasi istanza di *security for costs* sia l’esistenza in capo agli arbitri del potere di condannare una parte (generalmente quella soccombente) alla ripetizione delle spese di lite sostenute dalla controparte nel procedimento arbitrale.

Sia l’importanza di questa indagine che il suo carattere preliminare dipendono dalla natura della *security for costs*. Dal momento che questa consiste in una garanzia prestata da una parte (solitamente l’attore) per permettere alla controparte (solitamente il convenuto) di ottenere il rimborso delle spese sostenute in un procedimento arbitrale in caso di vittoria, è chiaro che la sua concessione si giustificherà se e solo se gli arbitri saranno autorizzati ad applicare il principio della soccombenza⁴⁸⁷. Diversamente, un ordine di *security for costs* risulterebbe un inutile ostacolo alla prosecuzione dell’azione, avendo come unico effetto quello di rendere più gravoso l’accesso alla giustizia arbitrale dell’attore, senza però tutelare il convenuto che non avrebbe in ogni caso la possibilità di vedersi rimborsate le spese di lite⁴⁸⁸.

Ne discende dunque che la possibilità per gli arbitri di condannare una parte alla ripetizione delle spese di lite della controparte è una condizione necessaria – ancorché di per sé non sufficiente – per la concessione di una *security for costs*.

Sebbene non tutti i tribunali arbitrali abbiano recepito l’importanza del legame tra la *security for costs* e il principio della soccombenza, non mancano pronunce che hanno opportunamente dato rilevanza a questo aspetto⁴⁸⁹. Emblematici al riguardo sono gli arbitrati ICC no. 11405 e 15218, in cui

⁴⁸⁶ Cfr. *supra* le n. 200-208 e il testo di riferimento.

⁴⁸⁷ Sono di questo avviso anche MILES, SPELLER, *Security for costs in international arbitration – emerging consensus or continuing difference?*, cit., p. 32; RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 369; BERGER, *Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law*, cit., 2010, p. 9.

⁴⁸⁸ Si vedano REDFERN, O’LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 403.

⁴⁸⁹ L’importanza di valutare l’applicazione del principio di soccombenza è stata riconosciuta nell’arbitrato no. 6697 (*Casa v. Cambior*), lodo parziale del 26 dicembre 1990, in *Rev. Arb.* 1992(1), p. 145 (“*En l’état de la procédure arbitrale, le Tribunal arbitral n’a pu encore se convaincre du bien fondé des prétentions exprimées par chaque*

è chiaramente messa in luce la necessità di valutare in via preliminare l'applicazione del principio di soccombenza:

“In this case, the relief requested by the Claimants could possibly be considered if it would appear likely that it should be decided at the end of the proceedings that [Respondent] should bear the legal costs incurred by the Claimants”⁴⁹⁰;

“13. The right to an order for security for costs thus requires that (i) the applicant, in case of success in the proceedings, would have a right to be reimbursed for its costs incurred; [...].

14. Turning to the first requirement identified in para. 13 hereinabove, the Sole Arbitrator notes that Article 31(3) of the ICC Rules grants complete discretion to the arbitral tribunal when deciding which of the parties shall bear the costs of the arbitration and in what proportion they shall be borne by them. However, the Sole Arbitrator also notes that both parties, by having put forward similar reciprocal prayers for relief with respect to their costs, seem to concur in the opinion that this Arbitral Tribunal should basically apply the rule customary in arbitration proceedings conducted in Switzerland, *i.e.* to allocate the costs in proportion to the outcome of the case, taking into account the relative success of their claims and defences.²⁵ Therefore, the Sole Arbitrator concludes that the first requirement for an order for security for costs is met in the instant case”⁴⁹¹.

Quanto all'indagine richiesta agli arbitri sul punto, questa è di carattere meramente astratto. Invero, poiché le istanze di *security for costs* vengono proposte nella fase iniziale della controversia, non è infatti necessario determinare se il ricorrente abbia una ragionevole probabilità di ottenere il rimborso delle spese al termine dell'arbitrato, essendo questa una valutazione tanto complicata quanto prematura. Sarà invece sufficiente per il tribunale accertare l'esistenza del proprio potere di condannare una parte al rimborso delle spese di controparte. Il fatto che poi questo potere sia effettivamente esercitato o meno è una valutazione che non può essere effettuata al momento della decisione su un'istanza di *cautio pro expensis* poiché dipenderà generalmente dall'esito della controversia, nonché eventualmente da altri fattori, quali la condotta processuale delle parti⁴⁹², che

partie et ne peut exclure que les frais d'arbitrage visés à l'article 20 du Règlement de la CCI soient mis à la charge de l'une ou l'autre des parties”); nell'arbitrato ICC no. 15951, ordinanza processuale no. 2 del 29 maggio 2009, in ASA Bulletin vol. 28(21), 2010, p. 75, § 2.2 (“Si la règle selon laquelle la partie qui succombe supporte les frais est largement suivie, c'est avec de très nombreuses nuances et exceptions. Il n'est donc pas certain que le demandeur dont la demande est rejetée sera condamné aux frais”) e nell'arbitrato ICC (no. non riportato), ordinanza processuale (data non riportata), in ASA Bulletin vol. 15(2), 1997, p. 366, § 26 (“L'Article 20 du Règlement CCI oblige d'ailleurs les arbitres à inclure dans la sentence définitive une décision sur les frais de l'arbitrage, y compris les frais exposés par les parties pour leur défense. La décision sur la mesure requise par la Société Z, si elle ordonnait à XY District d'apporter des sûretés, préfigurerait donc la décision qui pourrait être prise par le Tribunal arbitral à la fin de la procédure dans sa sentence finale. Si la mesure était admise, elle garantirait, en partie tout au moins, l'exécution de la sentence qui pourrait être prononcée ultérieurement contre la demanderesse”).

⁴⁹⁰ Arbitrato ICC no. 11405, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 17(2), 2006, p. 96, § 28.

⁴⁹¹ Arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 80-81, § 13-14.

⁴⁹² La condotta processuale delle parti rileva ai fini della decisione sulle spese dell'arbitrato nei procedimenti ICC

potrebbero addirittura non essere valutabili a uno stadio preliminare della procedura⁴⁹³.

Benché in questa fase, come detto, non sia richiesto di dare applicazione al principio di soccombenza, il tribunale arbitrale è comunque chiamato ad accertarne l'applicabilità in via astratta. Per fare ciò, gli arbitri dovranno svolgere due diverse valutazioni. In primo luogo, essi dovranno stabilire se godono della competenza per pronunciarsi sulle spese dell'arbitrato. In caso di risposta affermativa, dovranno poi determinare i criteri sulla base dei quali allocare i costi dell'arbitrato tra le parti. Ciascuna di queste due valutazioni impone di determinare una legge applicabile⁴⁹⁴.

È pacifico che per valutare se gli arbitri abbiano o meno la competenza di decidere sulle spese dell'arbitrato si dovrà far riferimento nell'ordine: (i) all'accordo tra le parti; e, in assenza di tale accordo, (ii) alla *lex arbitri*. Come già visto in relazione al potere degli arbitri di pronunciarsi sulle istanze cautelari⁴⁹⁵, la preminenza dell'accordo tra le parti sulla *lex arbitri* si spiega per via dell'importanza rivestita dall'autonomia delle parti nell'arbitrato internazionale. Le parti potranno dunque attribuire agli arbitri la competenza di pronunciarsi sulle spese dell'arbitrato sia espressamente, inserendo una previsione in tal senso nella clausola compromissoria, sia richiamando un regolamento istituzionale che investa il tribunale arbitrale di questo potere⁴⁹⁶. Se la clausola compromissoria non fornisce informazioni sul punto, gli arbitri dovranno determinare la propria competenza rifacendosi alla *lex arbitri*⁴⁹⁷, essendo questa la fonte dei poteri processuali dei giudici non togati⁴⁹⁸. Potrebbero però verificarsi circostanze – ad onor del vero piuttosto rare – in cui né la clausola compromissoria né la *lex arbitri* permettono di stabilire la competenza degli arbitri in materia. È questo il caso, per esempio, di un arbitrato *ad hoc* con sede in Italia che si svolga secondo le regole del nostro Codice di rito⁴⁹⁹ e in cui le parti non abbiano stabilito alcunché

(cfr. art. 38(5) del Regolamento ICC).

⁴⁹³ Sembrano di questo avviso anche REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 410-411 (che ritengono sufficiente una mera "real possibility" che la parte vittoriosa ottenga la rifusione delle spese) e RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 369 (che parla di "likelihood of cost shifting" e "probability of cost shifting"). Un onere probatorio maggiore sembra essere invece richiesto da BERGER, *Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law*, cit., 2010, p. 9, secondo cui "the applicant must demonstrate, with a reasonable degree of certainty [...], that it will have good title to a claim for reimbursement of its costs in case the dispute should be decided in its favour".

⁴⁹⁴ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3100: "The law governing the substantive standards for awards of legal costs is not necessarily the same as that governing the tribunal's authority to make a costs award".

⁴⁹⁵ Si vedano *supra* le n. 307-309 e il testo di riferimento.

⁴⁹⁶ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3087 e 3093: "Virtually all modern arbitration legislation gives effect to the provisions of institutional rules and the parties' arbitration agreement concerning the tribunal's power to make an award of legal costs and the amount of such award". Born osserva inoltre che anche l'art. II della Convenzione di New York impone agli stati contraenti di dare efficacia all'accordo tra le parti che garantisca al tribunale arbitrale il potere di decidere sulle spese (Id., p. 3100).

⁴⁹⁷ Id., p. 3100.

⁴⁹⁸ Cfr. *supra* la n. 303 e il testo di riferimento.

⁴⁹⁹ Il c.p.c. non disciplina il potere degli arbitri di allocare le spese dell'arbitrato tra le parti, limitandosi a stabilire che la liquidazione degli onorari del tribunale fatta dagli arbitri è valida solo se accettata dalle parti (art. 814(2))

sui costi dell'arbitrato né nella clausola compromissoria, né durante la procedura (e.g. in eventuali *Terms of Reference* o presentando identiche domande al tribunale per la condanna di controparte alle spese, circostanza che di per sé potrebbe essere sufficiente a desumere la volontà delle parti di delegare il collegio arbitrale a decidere sui costi dell'arbitrato). È opinione diffusa che in queste ipotesi gli arbitri godano comunque del potere di pronunciarsi sulle spese poiché trattasi di un potere inerente all'esercizio della giurisdizione arbitrale necessario a far sì che la parte vincitrice possa ottenere un risarcimento pieno dei danni causati dalla condotta di controparte⁵⁰⁰.

Più complesso è invece determinare i criteri per l'allocazione dei costi dell'arbitrato tra le parti. Anche qui l'autonomia delle parti riveste un ruolo centrale, prevalendo sulla disciplina dettata degli ordinamenti nazionali che sono connessi a vario titolo con la controversia⁵⁰¹. Tuttavia, la possibilità di dare voce all'accordo tra le parti incontra dei limiti. Non sarà infatti possibile per gli arbitri riconoscere gli accordi contrari all'ordine pubblico (perché per esempio eccessivamente sbilanciati a favore di una delle parti in violazione del principio di uguaglianza e del diritto di accesso alla giustizia arbitrale⁵⁰²), quelli manifestamente contrari alla volontà delle parti⁵⁰³, nonché quelli che violino le norme imperative eventualmente dettate dalla *lex arbitri*. Sebbene sia raro incontrare norme imperative relative ai costi dell'arbitrato, non mancano delle eccezioni. Tra queste merita una menzione particolare la sezione 60 dell'*Arbitration Act 1996*, che, per i procedimenti con sede in Inghilterra, sancisce l'invalidità degli accordi che prevedono l'obbligo di una parte di pagare *in toto* o in parte le spese dell'arbitrato se stipulati prima dell'insorgere della controversia⁵⁰⁴. In assenza di questi limiti, la tendenza dei tribunali arbitrali è di dare voce alle pattuizioni delle parti, sia quando constino di una previsione esplicita contenuta nella clausola compromissoria o in accordi successivi (e.g. un *addendum* al contratto, o i *Terms of Reference*), sia quando le parti si limitino a richiamare un regolamento d'arbitrato che disciplina la questione⁵⁰⁵.

I problemi maggiori sorgono quando manca un accordo tra le parti o questo si limita ad attribuire agli arbitri ampia discrezionalità nell'allocazione dei costi. Secondo autorevole dottrina, in questi

c.p.c.) e che gli arbitri possono condizionare la prosecuzione del procedimento al pagamento degli anticipi (art. 816-septies c.p.c.).

⁵⁰⁰ J. Y. GOTANDA, *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations*, in *Mich. J. Intl L.* vol. 21(1), 1999, p. 33; BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3095.

⁵⁰¹ Si vedano GOTANDA, *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations*, cit., p. 13-15 e 26-32 (il quale osserva che la preminenza dei criteri scelti dalle parti per l'allocazione dei costi dell'arbitrato non solo è in linea con il principio dell'autonomia delle parti, ma assicura anche maggior certezza e prevedibilità); LAUDISA, *I costi dell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 340 e 343; BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3087 e 3093.

⁵⁰² Cfr. LAUDISA, *I costi dell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 340.

⁵⁰³ Cfr. GOTANDA, *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations*, cit., p. 30. A seconda della legge applicabile alla clausola compromissoria, l'interpretazione della volontà delle parti potrebbe desumersi da altri atti o da comportamenti delle parti medesime che siano contestuali alla stipulazione della convenzione d'arbitrato ovvero ad essa antecedenti o successivi.

⁵⁰⁴ Il carattere imperativo della sezione 60 si evince dal fatto che questa previsione è annoverata nella *Schedule 1* dell'*Arbitration Act 1996*, che contiene un elenco delle "*Mandatory provisions*".

⁵⁰⁵ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3096.

casi si dovrebbe ricorrere agli *standards* adottati dalla prassi arbitrale internazionale che garantirebbero maggior uniformità e prevedibilità, rispondendo così alle esigenze degli operatori del commercio internazionale⁵⁰⁶. Benché i vantaggi garantiti da questi *standards* siano indiscutibili, ritengo che il ricorso alle soluzioni adottate dalla prassi internazionali si giustifichi solo quando una risposta non possa essere individuata nel diritto nazionale. Questa considerazione impone dunque di determinare quale sia l'ordinamento cui rivolgersi per decidere come allocare le spese dell'arbitrato tra le parti.

A detti di alcuni, la risposta a questo interrogativo andrebbe rintracciata nella legge applicabile al merito della controversia⁵⁰⁷, poiché la richiesta di rimborso delle spese non differisce dalle altre domande presentate dalle parti se non per il fatto di non poter essere quantificata fino al termine della lite⁵⁰⁸. Per quanto convincente, questa teoria presenta un punto debole. Invero, i criteri per l'allocazione dei costi dell'arbitrato tra le parti non si rinvergono nel diritto sostanziale di un ordinamento, ma nella sua legge sull'arbitrato. È però assai poco verosimile che nell'individuare la legge applicabile al merito della controversia le parti intendessero anche richiamare le disposizioni in materia di costi dell'arbitrato del medesimo ordinamento. Mi pare invece più plausibile che le parti si aspettino di vedere applicate le disposizioni relative all'allocazione delle spese dell'arbitrato dettate dalla *lex arbitri* e dunque ritengo che sia a questa disciplina che debbano rivolgersi gli arbitri in assenza di un accordo tra le parti in materia.

Alla luce di quanto appena esposto si può dunque concludere che i criteri rilevanti per l'allocazione delle spese dell'arbitrato tra le parti vadano determinati considerando nell'ordine: (i) le norme imperative contenute nella *lex arbitri*; (ii) la disciplina prevista dall'accordo tra le parti, ivi inclusa quella dettata dal regolamento d'arbitrato eventualmente richiamato; (iii) le norme derogabili contenute nella *lex arbitri*; e, solo laddove le tre fonti precedenti non facciano chiarezza (iv) gli *standards* adottati dalla prassi arbitrale internazionale.

⁵⁰⁶ Id., p. 3100-3101, che individua tre *standards* tipicamente adottati dalla prassi arbitrale: (i) presuntiva applicazione del principio della soccombenza; (ii) diritto per la parte vincitrice di ottenere la ripetizione delle sole spese ragionevolmente sostenute; e (iii) impossibilità di ottenere la ripetizione delle spese superflue o eccessive. Una soluzione simile è adottata da GOTANDA, *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations*, cit., p. 26-27 e 34 ss., secondo cui in mancanza di un accordo tra le parti gli arbitri dovrebbero adottare un modello avente portata universale che prevede una "default rule" per cui (i) il tribunale arbitrale è competente a decidere sulle spese dell'arbitrato e (ii) l'allocazione dei costi deve avvenire generalmente sulla base del principio di soccombenza, salvo la possibilità di derogare a questo principio quando ciò sia imposto dal principio di ragionevolezza in ragione delle circostanze, ovvero quando vi siano motivi eccezionali che suggeriscono una soluzione diversa.

⁵⁰⁷ Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3100. Nonostante l'autore ritenga che la "better view" sia il ricorso agli *standards* adottati dalla prassi arbitrale internazionale, egli osserva anche che, se si dovesse applicare il diritto nazionale, sarebbe preferibile rifarsi alla *lex causae* (piuttosto che alla *lex arbitri*), poiché è l'ordinamento della legge applicabile al merito della controversia a presentare il collegamento più stretto con la pretesa di ottenere un rimborso delle spese di lite.

⁵⁰⁸ Sono di questo avviso BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., § 9.85. Conferma di ciò è il fatto che la determinazione dei costi e la loro ripartizione possono essere oggetto di impugnazione autonoma del lodo per gli stessi motivi per cui può essere impugnata qualsiasi altra statuizione sul merito della controversia (cfr. LAUDISA, *I costi dell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 340-341).

È invece da escludere in ogni caso che possano avere rilevanza i criteri per l'allocazione dei costi dettati dal legislatore nazionale per le controversie di competenza dei giudici togati⁵⁰⁹.

Ciò detto, non si può non sottolineare come la tendenza recentemente più diffusa negli arbitrati commerciali internazionali sia di dare applicazione principio della soccombenza (anche noto come *English rule, loser pays rule o costs follow the event rule*)⁵¹⁰. Peraltro, questa soluzione è in molti casi adottata sia nelle leggi nazionali sull'arbitrato⁵¹¹, sia nei regolamenti delle maggiori istituzioni arbitrali⁵¹², nonostante sia sovente lasciata discrezionalità agli arbitri di discostarsi dal principio della soccombenza qualora sia richiesto dalle circostanze del caso e, in particolar modo, dalla condotta processuale delle parti⁵¹³.

Anche negli arbitrati internazionali con sede negli Stati Uniti è andata via via perdendo importanza l'*American rule*, secondo cui, a prescindere dall'esito dell'arbitrato, ciascuna parte è tenuta a sopportare i propri costi di difesa e al pagamento di metà degli onorari degli arbitri, dei costi amministrativi dell'istituzione arbitrale e delle altre spese necessarie per lo svolgimento dell'arbitrato. Non solo si esclude che questo principio possa rientrare nella definizione di ordine pubblico statunitense⁵¹⁴, ma si ritiene anche che sia appropriato solo per il contenzioso e per gli arbitrati domestici statunitensi⁵¹⁵.

In conclusione, l'ampia diffusione del principio di soccombenza fa sì che in molti casi i tribunali arbitrali potranno astrattamente ordinare una *security for costs*. Ovviamente, la possibilità di condannare la parte soccombente alla ripetizione delle spese di lite, che deve essere valutata con le modalità sopra illustrate, non è di per sé sufficiente a giustificare la concessione di una *cautio pro expensis*, ma permette di soddisfare una condizione preliminare per la concessione di tale misura.

(ii) *Le probabilità di successo nel merito della controversia*

Una volta accertata la possibilità astratta di dare applicazione al principio della soccombenza, l'analisi del *fumus boni iuris* richiede al collegio arbitrale di valutare se la parte ricorrente abbia

⁵⁰⁹ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3090; *contra* LAUDISA, *I costi dell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 329 (che sembra ammettere il ricorso ai "criteri adottati dai giudici statali della sede dell'arbitrato" in assenza di un accordo tra le parti e di una disciplina contenuta nella "legge nazionale applicabile", anche se non è chiaro se con quest'ultima espressione si intende la legge applicabile al merito della controversia o alla procedura arbitrale).

⁵¹⁰ Cfr. BONDAR, *Allocation of costs in investor-State and commercial arbitration: towards a harmonized approach*, cit., p. 46; BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3095 ss.

⁵¹¹ Si pensi alla sezione 61(2) dell'*Arbitration Act 1996*, alla sezione 1057(1) ZPO e la sezione 609(1) del Codice di procedura austriaco. Si noti, tuttavia, che la questione non è regolata dalla Legge Modello UNCITRAL e dalle *leges arbitri* di diversi ordinamenti, tra cui Italia, Svizzera e Francia e nemmeno dal *Federal Arbitration Act* statunitense.

⁵¹² Si vedano art. 40(1) del Regolamento UNCITRAL 1976, art. 42(1) del Regolamento UNCITRAL 2010, art. 49(6) del Regolamento SCC, art. 28(4) del Regolamento LCIA.

⁵¹³ Il riferimento alla condotta processuale delle parti è contenuto nell'art. 38(5) del Regolamento ICC, nell'art. 49(6) del Regolamento SCC, nell'art. 28(4) del Regolamento LCIA.

⁵¹⁴ Sono di questo avviso BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3091 e GOTANDA, *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations*, cit., p. 30.

⁵¹⁵ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 3091.

probabilità di prevalere nel merito della controversia e, dunque, ottenere anche la rifusione delle spese al termine del procedimento in ragione della *loser pays rule*.

Contrariamente a quanto sostenuto da parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo cui si potrebbe fare a meno di valutare le probabilità di successo delle parti ovvero ci si potrebbe limitare ad analizzare sommariamente la buona fede o la temerarietà della lite⁵¹⁶, ritengo che un'indagine sufficientemente accurata del merito della controversia rivesta un ruolo centrale nella decisione di qualsiasi istanza di *security for costs*⁵¹⁷. Questa soluzione non solo è adottata dall'art. 38(2)(i) del Regolamento SCC, ma è altresì suggerita peraltro anche dall'art. 2 delle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs*, secondo cui:

“Taking great care not to prejudge or predetermine the merits of the case itself, arbitrators should consider whether, on a preliminary view of the relative merits of the case, there may be a need for security for costs”.

Invero, se gli arbitri si dovessero convincere che le pretese avanzate dall'attore hanno ragionevoli probabilità di essere accolte, essi sarebbero certamente meno propensi a concedere un'istanza di *security for costs* proposta dal convenuto. Questa riluttanza si deve al fatto che il rischio di ostacolare l'accesso alla giustizia – presente di per sé ogniqualvolta una parte viene obbligata a prestare una garanzia per le spese di lite di controparte e motivo per cui si deve ritenere che questo tipo di misura vada concessa solo in ipotesi eccezionali⁵¹⁸ – si giustifica ancor meno quando la parte nei cui confronti è proposta l'istanza di *cautio pro expensis* ha ragionevoli probabilità di prevalere nel merito della controversia.

Per contro, se il collegio raggiungesse la convinzione che le pretese attoree non hanno concrete probabilità di successo (e ciò indipendentemente dal fatto che la lite sia o meno temeraria), le probabilità per il convenuto di ottenere una *security for costs* aumenterebbero, poiché il rischio di ostacolare effettivamente l'accesso alla giustizia sarebbe inferiore⁵¹⁹.

È chiaro che le valutazioni appena illustrate non potrebbero essere svolte se l'indagine del *fumus* si limitasse a valutare la buona fede e la temerarietà dell'azione o, addirittura, se fosse totalmente estromessa. Per non perdere queste preziose informazioni è dunque opportuno che gli arbitri si interrogino sulle probabilità del ricorrente di prevalere nel merito della controversia.

Ovviamente, l'indagine richiesta agli arbitri in questa fase della controversia è di carattere

⁵¹⁶ Si vedano *supra* le fonti citate nelle n. 201 e 202.

⁵¹⁷ L'importanza di considerare le probabilità di successo nel merito della controversia è stata riconosciuta in giurisprudenza dall'arbitrato ICC no. 13646, ordinanza processuale no. 3 del 2005, in WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-36 e dall'arbitrato ICC no. 14433, ordinanza processuale dell'ottobre 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 73, § 47. In dottrina cfr. REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 410.

⁵¹⁸ Cfr. *supra* le n. 432-433 e il testo di riferimento.

⁵¹⁹ Sul punto si veda RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 369: “Where a claim borders on frivolous (so the argument goes), the probability that the claimant will be penalized with a costs order is high enough to outweigh the chance that a meritorious claim will be deterred”.

sommario (*prima facie*) e si dovrà basare sui mezzi di prova (soprattutto documenti, ma anche eventualmente *expert reports* e *witness statements*) che le parti abbiano già prodotto oppure che saranno prodotti nella sotto-fase processuale che di solito si apre quando viene presentata un'istanza di *security for costs*⁵²⁰. Del pari è chiaro che l'analisi del *fumus* richiede al tribunale di giungere a un giudizio di carattere preliminare sulle probabilità di successo delle parti nel merito della controversia, senza perciò condizionare la propria discrezionalità per il prosieguo dell'arbitrato⁵²¹.

V.B.2 Nazionalità, residenza e domicilio dell'attore e conseguenti ostacoli per il convenuto nell'ottenere il riconoscimento e l'esecuzione della condanna alle spese

Storicamente, nei procedimenti dinnanzi all'autorità giudiziaria, la funzione principale della *cautio pro expensis* era tutelare il convenuto che fosse stato citato in giudizio da un attore straniero, residente all'estero, o ivi domiciliato. La garanzia per le spese di lite serviva dunque ad evitare al convenuto risultato vincitore di dover instaurare procedimenti d'esecuzione all'estero per ottenere il rimborso delle spese di lite sostenute⁵²².

Questa funzione è venuta meno man mano che ha trovato diffusione la *Convention on Civil Procedure* dell'Aja del 1954, il cui art. 17 impedisce di ordinare una *security for costs* nei confronti dei cittadini degli Stati contraenti, che siano anche domiciliati in uno di tali Stati, se tale misura è imposta in ragione della loro qualità di stranieri, ovvero della mancanza di domicilio o residenza nello Stato in cui si svolge il procedimento. Una previsione analoga è stata adottata successivamente anche della *Convention on International Access to Justice* dell'Aja del 25 ottobre 1980⁵²³.

⁵²⁰ Sono di questo avviso REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 410. Il timore sollevato da RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 370 che gli arbitri possano trovarsi ad analizzare solo una parte dei mezzi di prova rilevanti vista la tendenza a proporre le istanze di *security for costs* nelle fasi iniziali dell'arbitrato viene ovviato dal fatto che, normalmente, la decisione di queste istanze avviene al termine di un'apposita sotto-fase processuale in cui le parti sono invitate a scambiare memorie scritte con la possibilità di allegare mezzi di prova (cfr. *supra* le n. 338-341 e il testo di riferimento).

⁵²¹ Si veda l'art. 2 delle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs* poc'anzi citato. In giurisprudenza, si vedano, a mero titolo esemplificativo, l'arbitrato ICC no. 14661, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 75, § 11 ("*The Arbitral Tribunal while granting the security for costs as indicated above, deems it necessary to state that the present order does not prejudice in any way the final award on the merits of the case*") e l'arbitrato *Swiss Chambers' Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportato), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 54, § 6.2.4 ("*In no event should an arbitral tribunal prejudge the outcome of the dispute – whether in the jurisdictional phase or the merits phase – in its decision to award security for costs*").

⁵²² Cfr. SANDROCK, *The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or The Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant*, cit., p. 17-19 (che discute delle legislazioni svizzera, tedesca e austriaca); RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 312-313.

⁵²³ L'art. 14 di questa Convenzione dispone quanto segue:

"No security, bond or deposit of any kind may be required, by reason only of their foreign nationality

Vi sono però alcuni ordinamenti in cui, ancora oggi, la concessione della *cautio pro expensis* nei procedimenti dinnanzi all'autorità giudiziaria è legata ai concetti di nazionalità, residenza e domicilio. In Inghilterra, per esempio, la *rule 25.13* delle *Civil Procedure Rules* (CPR) permette di ordinare una *security for costs* se l'attore risiede al di fuori della giurisdizione delle corti inglesi, fatta eccezione per coloro che risiedono in uno Stato membro dell'UE ovvero in un Paese firmatario della Convenzione di Lugano o della *Convention on Choice of Court Agreements* dell'Aja del 30 giugno 2005.

È evidente, tuttavia, che questi criteri non possono avere rilevanza alcuna nell'arbitrato internazionale, dove quasi sempre una parte o entrambe le parti non sono residenti né domiciliate nello Stato della sede, né hanno la cittadinanza di tale Paese. Questa soluzione non solo è condivisa dalla giurisprudenza⁵²⁴ e dalla dottrina⁵²⁵ unanimi, ma anche dai legislatori nazionali, ivi incluso quello inglese che, nella sezione 38(3) dell'*Arbitration Act* 1996, vieta agli arbitri di ordinare una *security for costs* in ragione della residenza dell'attore (o della sua sede nel caso si tratti di persona giuridica)⁵²⁶. Invero, se l'accesso alla giustizia arbitrale fosse reso più oneroso solo in ragione di questi fattori verrebbero violati principi fondamentali quali il principio di uguaglianza e quello di

or of their not being domiciled or resident in the State in which proceedings are commenced, from persons (including legal persons) habitually resident in a Contracting State who are plaintiffs or parties intervening in proceedings before the courts or tribunals of another Contracting State.

The same rule shall apply to any payment required of plaintiffs or intervening parties as security for court fees”.

⁵²⁴ Cfr. arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Attore, società panamense c. Convenuto, persona fisica domiciliata a Ginevra*), lodo (data non riportata), in *ASA Bulletin* vol. 13(3), 1995, p. 533, § 1.2.2; arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera, lodo del 21 dicembre 1998, in *ASA Bulletin* vol. 17(1), 1999, p. 64, § 9; arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Mr. X c. Mrs. Y*), decisione del 17 maggio 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 19, § 21; arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Attore, società svizzera in fallimento c. Convenuto, società yemenita*), ordinanza processuale no. 4 del 17 giugno 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 25, § 24(a); arbitrato *Geneva Chamber of Commerce and Industry* (no. non riportato), decisione del 25 settembre 1997, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), p. 745 ss., § 8; arbitrato ICC no. 11399, lodo non definitivo, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 36 ss., § 7.8 e 7.25; arbitrato ICC no. 12542, ordinanza processuale del 19 dicembre 2003, in *ASA Bulletin* vol. 23(4), p. 693, § 40; arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 81, § 15; arbitrato ICC (no. non riportato), ordinanza processuale (data non riportata), in *ASA Bulletin* vol. 15(2), 1997, p. 373-374, § 40-42; arbitrato NAI (no. non riportato), lodo non definitivo del 12 luglio 1985, in *Y.C.A.* vol. XI, 1986, p. 189, § 3; arbitrato ZCC (no. non riportato), ordinanza processuale del 12 novembre 1991, in *ASA Bulletin* vol. 13(1), p. 89-90, § (xi).

⁵²⁵ Sono di questo avviso, *ex multis*, KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 345 (i quali si spingono addirittura fino a ritenere che un ordine di *cautio pro expensis* basato esclusivamente sulla residenza della parte ingiunta equivarrebbe a una violazione dell'ordine pubblico internazionale); FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. GAILLARD, J. SAVAGE ed.), cit., § 1256 (che adottano una posizione analoga); GU, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 193 (“foreign domicile is never a sufficient ground to grant security for costs”); RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 371-372; POUURET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., § 610; Si vedano inoltre le *Chartered Institute of Arbitrators’ Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 3*, § f.

⁵²⁶ Per ulteriori esempi di *leges arbitri* che considerano irrilevanti i criteri di nazionalità, residenza e domicilio nella concessione della *security for costs*, cfr. la sezione 23K(2) della legge sull'arbitrato australiana, la sezione 12(4) della legge sull'arbitrato di Singapore e la sezione 19(2) dell'*Irish Arbitration Act*.

non discriminazione⁵²⁷.

A sostegno dell'irrelevanza della nazionalità, della residenza e del domicilio si osserva inoltre che queste caratteristiche sono quasi sempre note alle parti sin dagli albori della loro relazione commerciale. Di conseguenza, il rischio di incontrare maggiori ostacoli nell'esecuzione della condanna alle spese avrebbe dovuto essere soppesato al momento della stipulazione del contratto e della clausola compromissoria, adottando le precauzioni ritenute opportune, ma non potrà servire a giustificare l'imposizione di una *security for costs* che, come detto, ha natura eccezionale nel panorama arbitrale⁵²⁸.

Si fa altresì notare che, a differenza delle sentenze emesse dall'autorità giudiziaria, i lodi circolano con maggiore facilità grazie a convenzioni bilaterali e multilaterali (su tutte la Convenzione di New York). Questo giustifica ancor meno il ricorso ai criteri in esame per la concessione di una *security for costs* nell'arbitrato internazionale, tant'è che, il fatto che il convenuto fosse domiciliato o residente in un Paese membro della Convenzione di New York – e dunque avesse presumibilmente beni in tale ordinamento – è stato considerato da alcuni tribunali un valido elemento per rigettare un'istanza di *cautio pro expensis*⁵²⁹.

Per quanto sia parzialmente condivisibile, quest'ultima motivazione merita delle riflessioni più attente. Invero, la possibilità di avvalersi della Convenzione di New York o di altri strumenti internazionali per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi non è – di per sé – conclusiva o determinate per il rigetto di un'istanza di *security for costs*. Tutt'al più questo potrà essere uno dei molteplici fattori da soppesare nel decidere se concedere o meno tale misura. Come visto all'inizio del presente scritto, la sola Convenzione di New York non è infatti sufficiente a tutelare appieno il convenuto che, laddove sia citato in giudizio da un attore incapiente, rischierebbe comunque di ottenere soltanto una vittoria pirrica, non potendo ottenere la restituzione delle spese sostenute

⁵²⁷ Tali principi sono generalmente sanciti, oltre che dagli ordinamenti nazionali (spesso peraltro da norme di rango costituzionale), anche dalle convenzioni internazionali (e.g. art. 14 CEDU) e da altre fonti normative sovranazionali (e.g. art. 18 TFUE). Secondo alcuni, inoltre, questi principi farebbero parte del diritto internazionale consuetudinario, il che li renderebbe applicabili in qualsiasi procedimento arbitrale internazionale a prescindere dal fatto che siano riconosciuti dalle convenzioni internazionali applicabili e dagli ordinamenti nazionali con cui la controversia presenta elementi di collegamento (cfr. KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ..., cit.*, p. 345).

⁵²⁸ Si soffermano su questo aspetto l'arbitrato ICC no. 7047, lodo finale del 28 febbraio 1994, in *ASA Bulletin* vol. 13(2), 1995, p. 305-306, § 4 e l'arbitrato ICC no. 11798, lodo non definitivo del dicembre 2002, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 53-54; arbitrato ICC no. 12542, ordinanza processuale del 19 dicembre 2003, in *ASA Bulletin* vol. 23(4), p. 700, § 57.

⁵²⁹ Si vedano, sul punto, arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Attore, società panamense c. Convenuto, persona fisica domiciliata a Ginevra*), lodo (data non riportata), in *ASA Bulletin* vol. 13(3), 1995, p. 533, § 1.2.2 ("*le fait que les Etats de domicile des parties [...] soient parties à la Convention de New York apparaît comme un argument supplémentaire à rencontre de la cautio*"); arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera, lodo del 21 dicembre 1998, in *ASA Bulletin* vol. 17(1), 1999, p. 65, § 10; arbitrato ICC no. 12393, ordinanza processuale del 30 luglio 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 56 ss., § 38; arbitrato NAI (no. non riportato), lodo non definitivo del 12 luglio 1985, in *Y.C.A.* vol. XI, 1986, p. 189-190, § 4.

per difendere la propria posizione in arbitrato a prescindere dalla facilità di circolazione del lodo⁵³⁰.

Se, da un lato, l'applicazione della Convenzione di New York non è un elemento sufficiente ad escludere la concessione di una *security for costs*; dall'altro, l'impossibilità di avvalersi di questa Convenzione e il conseguente rischio di incontrare maggiori ostacoli nel riconoscimento e l'esecuzione del lodo non bastano per ottenere il medesimo provvedimento⁵³¹. In proposito si osserva che, non solo è frequente nell'arbitrato internazionale che una parte debba intraprendere procedimenti di esecuzione in un ordinamento diverso da quello della sede⁵³², ma tale rischio era anche verosimilmente noto alle parti sin dall'origine della relazione contrattuale⁵³³ e, come tale, avrebbe potuto essere arginato inserendo nella clausola compromissoria la possibilità per il convenuto di richiedere una garanzia per le spese di lite⁵³⁴. Sebbene nulla impedisca alle parti di attribuire al collegio arbitrale il potere di concedere una *cautio pro expensis* e di determinare i presupposti da considerare a tal proposito, è opportuno sottolineare che una previsione di questa natura non dovrà essere eccessivamente sbilanciata a favore di una delle parti, né onerosa a tal punto da impedire all'attore di accedere alla giustizia arbitrale. In tal caso, infatti, la disposizione potrebbe essere considerata invalida, inefficace o quantomeno insuscettibile d'applicazione ai sensi dell'art. II(3) della Convenzione di New York.

⁵³⁰ Si vedano *supra* le n. 15-18 e il testo di riferimento.

⁵³¹ Questo principio è chiaramente sancito in giurisprudenza (cfr. arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Mr. X c. Mrs. Y*), decisione del 17 maggio 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 16-20, § 24; arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Attore, società svizzera in fallimento c. Convenuto, società yemenita*), ordinanza processuale no. 4 del 17 giugno 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 26, § 26; arbitrato ICC no. 12542, ordinanza processuale del 19 dicembre 2003, in *ASA Bulletin* vol. 23(4), p. 694, § 42; arbitrato ICC no. 13646, ordinanza processuale no. 3 del 2005, in WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-36; arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 81, § 16) e riconosciuto dalla dottrina (cfr., per tutti, RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 372).

⁵³² Cfr. sul punto arbitrato ICC no. 11399, lodo non definitivo, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 36 ss., § 7.25-7.27.

⁵³³ Un espresso riferimento al fatto che il ricorrente conoscesse (o avrebbe dovuto conoscere) le difficoltà di ottenere il riconoscimento e l'esecuzione del lodo al momento della stipulazione della clausola compromissoria è contenuto nell'arbitrato ICC no. 7047, lodo finale del 28 febbraio 1994, in *ASA Bulletin* vol. 13(2), 1995, p. 306, § 4; nell'arbitrato ICC no. 11798, lodo non definitivo del dicembre 2002, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 53-54; arbitrato ICC no. 12228, ordinanza processuale del 11 giugno 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 38 ss., § (v)-(xii); e nell'arbitrato ICC no. 12732, ordinanza processuale del gennaio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 62, § 6-7.

⁵³⁴ Sul punto si veda l'arbitrato ICC no. 11399, lodo non definitivo, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 36 ss., § 7.12-7.13:

"7.12 [...] if by a contract the parties elect to submit certain of their disputes exclusively to arbitration, they should be considered to have appropriately evaluated the pros and contras of such an election, and to have considered the possibility of the enforceability of awards to be rendered under such an agreement. The parties are at liberty to stipulate that either of them shall be entitled to demand that security shall be granted in the event that proceedings shall be commenced by the other party.

7.13. In the present case, the issue of security for costs is not included in the contract at all. Accordingly, prima facie, the parties are supposed not to have intended to give each other the right to demand such security".

V.B.3 Le operazioni poste in essere in mala fede per ostacolare il riconoscimento e l'esecuzione della condanna alle spese

Se, come visto, si deve escludere che la cittadinanza, la residenza e il domicilio dell'attore e le difficoltà di *exequatur* del lodo che ne derivano depongano – in quanto tali – a favore della concessione di una *security for costs*; una valutazione diversa è richiesta quando, nel lasso di tempo che intercorre tra la stipulazione della convenzione d'arbitrato e l'insorgere della controversia, l'attore pone in essere delle operazioni volte a rendere più gravoso il procedimento di riconoscimento ed esecuzione della condanna alle spese. Tra queste operazioni rientrano: cambi di domicilio o residenza, trasferimenti di beni all'estero o, ancora, operazioni societarie straordinarie (quali, ad esempio, fusioni, scissioni, o riorganizzazioni del gruppo societario).

Perché queste circostanze possano far propendere gli arbitri per concedere un'istanza di *security for costs* è necessario che: (i) i cambiamenti da esse derivanti siano sostanziali (c.d. "*fundamental changes*")⁵³⁵; (ii) il nuovo *status quo* renda più complicato o gravoso il recupero delle spese di lite per il convenuto in caso di vittoria⁵³⁶; e (iii) l'operazione sia stata posta in essere dall'attore in mala fede allo scopo di ostacolare il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo ad esso sfavorevole.

Il primo requisito si spiega in quanto le operazioni in oggetto (trasferimenti transfrontalieri di beni, riorganizzazione societarie e modifiche di domicilio, residenza o sede) non hanno necessariamente un carattere eccezionale, specialmente se sono poste in essere dagli operatori del commercio internazionale, overossia i soggetti che più di frequente ricorrono all'arbitrato internazionale come metodo di risoluzione delle proprie controversie. Si deve infatti ritenere che le suddette operazioni rientrino nella normale alea di una relazione commerciale transnazionale ad eccezione di quando producano *fundamental changes*⁵³⁷.

Non tutti i *fundamental changes*, peraltro, sono sufficienti a giustificare la concessione di una *security for costs*. È necessario che il nuovo *status quo* renda più difficile per il convenuto ottenere il rimborso delle spese in caso di vittoria nel procedimento arbitrale. Se, per esempio, l'attore

⁵³⁵ Cfr. KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 345.

⁵³⁶ L'importanza di questo secondo requisito è chiaramente illustrata nell'arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 81, § 16: "*one of the possible grounds [...] upon which an order for security for costs may be granted is it a fundamental change in the circumstances has occurred since the agreement to arbitrate was made, which results in a clear and present danger that a future cost award would not be enforceable*". Si vedano anche le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 3*, § g, ove si sottolinea, con specifico riferimento all'ipotesi di trasferimento dei beni all'estero, la differenza tra il valutare, da un lato, la residenza dell'attore in quanto tale, e dall'altro, l'aumento del rischio di non ottenere il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo di condanna alle spese derivante dalla nuova ubicazione dei beni dell'attore.

⁵³⁷ Che le relazioni commerciali internazionali implicino maggiori rischi rispetto a quelle di carattere domestico è sottolineato nei seguenti casi: arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Mr. X c. Mrs. Y*), decisione del 17 maggio 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 20, § 24; arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Attore, società svizzera in fallimento c. Convenuto, società yemenita*), ordinanza processuale no. 4 del 17 giugno 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 26, § 25; arbitrato *Geneva Chamber of Commerce and Industry* (no. non riportato), decisione del 25 settembre 1997, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), p. 745 ss., § 8.

trasferisse i suoi beni da uno Paese membro della Convenzione di New York ad un altro Stato firmatario del medesimo trattato, difficilmente il convenuto potrebbe lamentare maggiori ostacoli nell'ottenere il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo che condanni l'attore alla ripetizione delle spese in suo favore. Analogamente, è assai improbabile che il convenuto possa ottenere una *cautio pro expensis* nel caso in cui l'attore ceda un importante ramo d'azienda, rimanendo però in grado di soddisfare un'eventuale pronuncia di condanna alle spese dell'arbitrato.

Infine, quanto al terzo ed ultimo requisito, si richiede che i *fundamental changes* siano stati posti in essere dall'attore con l'intento di rendere più gravoso per il convenuto il recupero delle spese di lite in caso di soccombenza⁵³⁸. Ciò significa che, per ottenere una *security for costs*, il convenuto dovrà dimostrare la mala fede dell'attore; altrimenti rischierebbe di rendere più oneroso l'accesso alla giustizia arbitrale anche nei casi in cui l'attore abbia agito in buona fede nel normale esercizio della propria attività economica.

L'importanza per il convenuto di allegare – e provare – la mala fede della controparte è stata messa in luce da varie pronunce, tra cui spicca la decisione di un tribunale arbitrale svizzero dove si osserva che “*manoeuvres, contrary to good faith, could justify an order for security for costs*”⁵³⁹.

È proprio l'assenza di elementi probatori circa la mala fede dell'attore ad aver indotto molti tribunali arbitrali a rigettare le istanze di *security for costs* nonostante l'esistenza di *fundamental changes* che rendevano molto più incerto l'esito di un eventuale procedimento di *exequatur* del lodo.

Così, in un caso in cui l'attore aveva spostato il proprio domicilio nel Principato di Monaco, che pur avendo sottoscritto la Convenzione di New York si è avvalso di entrambe le riserve previste dall'art. I(3)⁵⁴⁰, gli arbitri hanno rigettato un'istanza di *cautio pro expensis* dal momento che tale cambiamento era avvenuto diversi anni prima dell'inizio dell'arbitrato e dunque non vi era prova che fosse stato posto in essere nel tentativo di rendere più difficile l'*exequatur* di un eventuale lodo sfavorevole⁵⁴¹.

⁵³⁸ Cfr. le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 3, § g*: “*However, if the risk associated with the jurisdiction in which a party organises its affairs (and holds its assets) was known at the inception of the relationship and there is no reason to conclude that this was to defeat creditors, then the arbitrators may conclude that it was part of the accepted risk of doing business with that party*”.

⁵³⁹ Arbitrato Geneva Chamber of Commerce and Industry (no. non riportato), decisione del 25 settembre 1997, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), p. 745 ss., § 8. La possibilità di concedere una *cautio pro expensis* in caso di condotte poste in essere in mala fede è riconosciuta, *inter alia*, dall'arbitrato no. 13359, ordinanza processuale del febbraio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 64, § 6: (“*there does not appear to be any suggestion of bad faith (e.g. any attempt to divest the company of assets) [...]*”); e dall'arbitrato ICC no. 14993, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 78-79, § 7.

⁵⁴⁰ Ossia la riserva di reciprocità e quella che limita l'applicazione della Convenzione di New York alle sole controversie di natura commerciale.

⁵⁴¹ Arbitrato ICC Arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Mr. X c. Mrs. Y*), decisione del 17 maggio 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 21, § 27:

“the Arbitral Tribunal determines that Respondent has failed to produce prima facie evidence that Claimant's transfer of his domicile to Monaco (allegedly more than ten years ago) stands in any direct or indirect connection with this arbitration, *i.e.*, that Claimant deliberately moved to Monaco

Analogamente, non è stata ritenuta sufficiente per la concessione di una *cautio pro expensis* la cessione d'azienda infragruppo che aveva comportato la cessazione dell'attività produttiva dell'attore. A fondamento di tale decisione il tribunale ha osservato che: da un lato, la riorganizzazione societaria della controparte contrattuale rientra nella normale alea delle relazioni economiche⁵⁴²; dall'altro, non vi erano motivi per dubitare del fatto che, nella fattispecie, la cessione d'azienda infragruppo fosse stata posta in essere in buona fede⁵⁴³.

Un ragionamento simile è stato svolto da un altro collegio nel caso di una fusione che aveva prodotto l'assorbimento dell'attore da parte di un'altra società, la cui attività si limitava al recupero dei crediti dell'attore, mentre l'attività produttiva precedentemente esercitata era stata ceduta a una società terza. Pur ammettendo in via astratta che una riorganizzazione societaria di questo tipo, se posta in essere in mala fede, potesse costituire una circostanza eccezionale tale da giustificare la concessione di una *security for costs*, il tribunale ha concluso che mancavano gli elementi per dimostrare l'intento dell'attore di ostacolare la procedura arbitrale⁵⁴⁴.

V.B.4 Le condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie

Come è facile intuire, l'argomento su cui maggiormente si fa leva per ottenere una *cautio pro expensis* sono le precarie condizioni patrimoniali, economiche e/o finanziarie della controparte che, si asserisce, le impedirebbero di adempiere a un'ipotetica condanna alla ripetizione delle spese dell'arbitrato.

Sebbene l'analisi di questo aspetto sia assolutamente centrale per decidere la maggior parte delle istanze di *security for costs*, non c'è unanimità in dottrina e giurisprudenza su quale sia

so as to escape enforcement of a possible future award in favor of Respondent. Not even contended by Respondent are other circumstances amounting at bad faith as, e.g., deliberate divestiture from assets. Nor has Respondent produced prima facie evidence for her allegation that an award rendered in her favor would in fact not be enforceable in Monaco”.

⁵⁴² Arbitrato ICC no. 8223, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 72 ss. “*Le Tribunal estime que la situation de la partie demanderesse, dont les activités auraient été transférées à une société affiliée, n'a rien d'exceptionnel*”.

⁵⁴³ *Id.*, p. 72 ss.: “*Le Tribunal considère dans les circonstances que la bonne foi de la partie demanderesse n'est pas en cause*”.

⁵⁴⁴ Arbitrato ICC (no. non riportata), ordinanza processuale (data non riportata), in *ASA Bulletin* vol. 15(2), 1997, p. 377-378, § 53-54:

“53. [...] la Société Z reproche aux responsables de XY District c'est d'avoir procédé à une opération de fusion par voie d'absorption aux seules fins d'échapper aux conséquences d'une sentence arbitrale qui leur serait éventuellement défavorable. Un tel abus de droit pourrait effectivement constituer une circonstance exceptionnelle qui justifierait d'ordonner à la demanderesse de constituer des sûretés pour garantir le paiement des dépens qui pourraient être alloués à la Société Z.

54. Or, l'abus dont la Société Z fait état n'a pas été démontré. Même si l'on devait admettre, avec la défenderesse, que l'activité de la demanderesse est désormais limitée aux recouvrement de certaines créances, notamment celles qui sont contestées ou litigieuses et qu'il était établi, en plus, que les activités lucratives antérieurement déployées par cette société ont été reprises par une nouvelle société appelée NN International, Inc., on ne saurait forcément en déduire que cette réorganisation ait été motivée par la procédure d'arbitrage”.

esattamente la soglia delle difficoltà dell'attore oltre la quale si giustifichi l'imposizione di una garanzia per le spese di lite di controparte⁵⁴⁵.

La questione deve a mio avviso essere approcciata considerando, innanzitutto, che la *cautio pro expensis* è sovente ritenuta espressione del potere cautelare degli arbitri⁵⁴⁶. Ne discende che per persuadere il tribunale a ordinare una *security for costs* il ricorrente dovrà dare prova, *inter alia*, del *periculum in mora*. Questo, come illustrato in precedenza⁵⁴⁷, consta di due profili: uno di carattere quantitativo, per cui è richiesto che il ricorrente sia esposto al rischio di un pregiudizio serio in caso di diniego della misura richiesta; e uno di carattere temporale, che richiede di dimostrare l'imminenza del pregiudizio e, dunque, l'urgenza di ottenere la misura cautelare. Si deve pertanto escludere che qualsiasi difficoltà patrimoniale, economica e/o finanziaria deponga a favore della concessione di una *security for costs*. Al contrario, si dovrà dimostrare che le difficoltà dell'attore sono (i) oggettive, (ii) attuali, e (iii) tali da mettere seriamente a repentaglio il rimborso delle spese di lite.

Un primo corollario di ciò è che una richiesta di *security for costs* non può essere concessa quando il convenuto-ricorrente si limita ad allegare un mero timore (o dubbio) che l'attore non sia in grado o non voglia adempiere alla condanna alle spese. In queste ipotesi, infatti, mancherebbero entrambe le componenti del *periculum*:

"This Arbitral Tribunal shares the view that the mere existence of doubt as to the possibility of enforcing a future award against the other party is not a sufficient ground for granting a request for security for costs. To impose such burden on a party requires more than the ordinary risk that the party ordered to pay may not be willing and may not be easily forced to do so; it required the existence of special circumstances"⁵⁴⁸.

Analogamente, non esiste il *periculum* quando l'istanza di *security for costs* si fonda sul timore che la situazione patrimoniale, economica e/o finanziaria dell'attore possa peggiorare durante il procedimento arbitrale, ma mancano elementi per desumere difficoltà concrete ed attuali:

"The arbitrator therefore takes it that Counterclaimant is not really concerned about Counterdefendant's present financial position [...]. More likely, Counterclaimant is concerned about a possible change in Counterdefendant's financial situation, or has doubts about its willingness to comply with an award favorable to Counterclaimant. There are, however, no facts before the arbitrator to support such concerns"⁵⁴⁹.

La situazione diventa meno nitida quando le difficoltà patrimoniali, economiche e/o finanziarie

⁵⁴⁵ Cfr. l'arbitrato ICC no. 14355, ordinanza processuale del gennaio 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 72.

⁵⁴⁶ Si veda *supra* la Sezione III.B.

⁵⁴⁷ Cfr. *supra* le n. 166-175 e il testo di riferimento.

⁵⁴⁸ Arbitrato ICC no. 13646, ordinanza processuale no. 3 del 2005, in WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-36. Un concetto simile è stato espresso nell'arbitrato ICC no. 12853, ordinanza processuale del 3 dicembre 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 80, § 3 ("*the worries of a party are not sufficient reason to motivate a preliminary inquiry into the financial status of the adverse party*").

⁵⁴⁹ Arbitrato ICC no. 7489, lodo finale (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 8(2), 1999, p. 68 ss., § 12.

dell'attore sono oggettive ed attuali, poiché è complicato individuare con precisione un *discrimen* oltre il quale un'istanza di *security for costs* debba essere concessa. Il parametro di riferimento generalmente adottato nella prassi arbitrale è la normale alea delle relazioni commerciali transnazionali, come si evince dall'art. 3(2) delle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs*⁵⁵⁰. Tuttavia, non vi è uniformità di vedute su cosa si debba intendere per normale alea in queste circostanze.

È convinzione assai diffusa che il semplice fatto che l'attore debba far fronte a difficoltà patrimoniali, economiche e/o finanziarie non sia di per sé sufficiente a giustificare un'istanza di *security for costs*, benché si tratti di difficoltà oggettive ed attuali⁵⁵¹. Emblematici al riguardo sono gli arbitrati ICC no. 13359 e 14993. Nel primo caso il tribunale ha ritenuto che nonostante tutti i beni dell'attore fossero stati dati in pegno a banche ed altri soggetti non vi erano gli estremi per imporre la prestazione di una garanzia per le spese di lite in favore del convenuto:

“Though the Claimant may not be technically insolvent, it is still under supervision [...]. The Tribunal has concluded that financial weakness by itself is not a sufficient ground for granting security for costs”⁵⁵²

Nel secondo caso, invece, la richiesta di *security for costs* è stata rigettata nonostante i bilanci dell'attore certificassero perdite sostanziali per due esercizi di seguito:

⁵⁵⁰ Questa previsione stabilisce quanto segue:

“If the arbitrators conclude that, for either or both of these reasons there is a real risk that the applicant will have difficulty enforcing a costs award, then these factors favour an order for security, unless these factors were considered and accepted as part of the business risk at the inception of the parties' relationship”.

⁵⁵¹ Si vedano al riguardo le seguenti pronunce: arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Mr. X c. Mrs. Y*), decisione del 17 maggio 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 20, § 24 (“*international arbitral tribunals as well as the leading scholars [...] tend to deny security for costs in case that a party is in financial difficulties, up to and including bankruptcy. It seems justified that such risks are to be borne by the parties, given the nature of international arbitration, which normally arises out of operations of international trade, which generally imply greater risks than domestic trade*”); arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Attore, società svizzera in fallimento c. Convenuto, società yemenita*), ordinanza processuale no. 4 del 17 giugno 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 26, § 25 (“*Doctrine and case law also tend to deny security for costs in case that a party is in financial difficulties, up to and including bankruptcy. It seems justified that such risks are to be borne by the parties, given the nature of international arbitration, which normally arises out of operations of international trade, which generally imply greater risks than domestic trade*”); arbitrato *Geneva Chamber of Commerce and Industry* (no. non riportato), decisione del 25 settembre 1997, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), p. 745 ss., § 8 (“*Such risks are to be borne by the parties, including, in the view of this Tribunal, the risk of the other party falling into financial difficulties, up to and including bankruptcy*”); arbitrato ICC no. 12853, ordinanza processuale del 3 dicembre 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 80, § 3 (“*A difficult financial situation is not an indication of a party's inability or unwillingness to pay the costs of arbitration*”); arbitrato ICC no. 14355, ordinanza processuale del gennaio 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 72. In dottrina, un analogo pensiero è stato espresso da FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. GAILLARD, J. SAVAGE ed.), cit., § 1256; *contra* REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 411, secondo cui “*a real risk that the claimant will not comply with any costs award made against it [...] may be established simply by reference to the claimant's financial position*”.

⁵⁵² Arbitrato ICC no. 13359, ordinanza processuale del febbraio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 64, § 6.

“Respondents have based their request solely on the fact that Claimant has generated material losses in the last two business years according to its annual reports. However, this alone cannot be significant since an annual report does not reveal the entire financial situation of an undertaking, for example hidden reserves or possible future business opportunities”⁵⁵³.

È altresì comunemente accettato che una *cautio pro expensis* non vada concessa nemmeno quando le difficoltà dell’attore sono di tale entità da causarne l’insolvenza, a meno che non vi siano elementi da cui desumere che l’insolvenza è stata deliberatamente provocata per impedire il riconoscimento e l’esecuzione del lodo in caso di sconfitta⁵⁵⁴. Questo principio è stato chiaramente espresso nell’arbitrato ICC no. 12035:

“47. The starting point of the analysis must be the general understanding that insolvency is not sufficient, in itself, to form the basis of a request for security for costs [...].

48. Specifically, the Tribunal considers that the party seeking security for costs should establish, on a *prima facie* basis, that the opposing party is organizing its own insolvency [...] or that it deliberately provoked its insolvency in order to avoid the financial risks related to an arbitral proceeding [...], or for any other fraudulent reason”⁵⁵⁵.

Nonostante quella appena illustrata sia la tesi di gran lunga più diffusa sia in giurisprudenza che in dottrina⁵⁵⁶, va segnalata una pronuncia ICC in cui il tribunale, pur rigettando l’istanza di *security for costs*, ha ritenuto che l’insolvenza rientri tra le circostanze eccezionali in grado di giustificare la concessione di una *security for costs*⁵⁵⁷.

Mi pare che la tesi maggioritaria sia da preferire. Invero, il rischio che la controparte contrattuale

⁵⁵³ Arbitrato ICC no. 14993, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 79, § 8.

⁵⁵⁴ Cfr. *infra* la n. 568 e il testo di riferimento.

⁵⁵⁵ Arbitrato ICC no. 12035, ordinanza processuale del 6 giugno 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 28 ss., § 47-48. Sul punto si veda, inoltre, Arbitrato *Swiss Chambers’ Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportato), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 44, § 6.2.1 (“*a mere showing that the arbitral claimant is insolvent or close to insolvency is insufficient to warrant an award of security for costs*”). Analogo concetto è stato espresso, sebbene in forma più dubitativa, anche nell’arbitrato ICC no. 12542, ordinanza processuale del 19 dicembre 2003, in *ASA Bulletin* vol. 23(4), p. 699, § 54.

⁵⁵⁶ *Contra* REDFERN, O’LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 411, secondo cui dovrebbero essere sufficienti per ottenere una *security for costs* le precarie condizioni patrimoniali, economiche e/o finanziarie dell’attore e, dunque, *a fortiori*, la medesima misura dovrebbe essere concessa nei casi di insolvenza.

⁵⁵⁷ Arbitrato ICC (no. non riportato), ordinanza processuale (data non riportata), in *ASA Bulletin* vol. 15(2), 1997, p. 376-377, § 49-51:

“49. On peut noter que l’insolvabilité d’une partie à la procédure est un critère retenu dans de nombreux codes de procédure comme motif justifiant l’obligation de fournir une caution pour les frais de la partie adverse. [...]

50. L’insolvabilité d’un plaideur doit aussi pouvoir être retenue en matière d’arbitrage comme motif justifiant l’apport de sûretés. L’insolvabilité doit être considérée comme l’une de ces circonstances exceptionnelles qui peuvent être invoquées dans une demande en constitution de sûretés. [...]

51. En l’espèce, la Société Z n’a pas allégué et, surtout, n’a pas prouvé que la demanderesse est actuellement insolvable. [...]”.

diventi insolvente è proprio di tutte le relazioni economiche, sia domestiche che transnazionali. Ne discende che, quando l'insolvenza è il risultato della normale attività economica di una società e non il frutto di una strategia preordinata ad evitare le conseguenze negative di un eventuale lodo di condanna, non ricorrono le circostanze eccezionali richieste per la concessione di una *security for costs*. A ciò si aggiunge, come opportunamente sottolineato da autorevole dottrina, che se l'insolvenza fosse di per sé sufficiente per ottenere una *cautio pro expensis*, l'accesso alla giustizia arbitrale dei soggetti insolventi sarebbe resa più gravosa in modo sistematico, con il rischio di soffocare sul nascere delle pretese potenzialmente meritevoli di tutela⁵⁵⁸.

Analoghi ragionamenti inducono a ritenere che anche l'apertura di una procedura concorsuale a carico dell'attore non sia sufficiente per la concessione di una *security for costs*.

Così, nell'arbitrato ICC no. 14355 il tribunale ha considerato che l'istanza del convenuto non fosse ammissibile perché si fondava esclusivamente sull'apertura di una procedura concorsuale a carico dell'attore, senza però fornire ulteriori dettagli sulle effettive condizioni patrimoniali, economiche e/o finanziarie dell'attore⁵⁵⁹.

Del pari, in un arbitrato amministrato dalla *Geneva Chamber of Commerce and Industry* è stata ritenuta insufficiente la decisione dell'attore di intraprendere una procedura concorsuale volontaria, dovendo questa circostanza rientrare nella normale alea di un contratto internazionale in assenza di indicatori precisi circa la volontà dell'attore di liberarsi di tutti i propri beni per sfuggire, in mala fede, ad eventuali conseguenze negative derivanti dall'arbitrato⁵⁶⁰.

Identica soluzione è stata adottata nel già citato arbitrato ICC no. 12035, in cui il tribunale ha ritenuto parte del "*business risk*" assunto dal convenuto la circostanza che l'attore iniziasse una procedura concorsuale volontaria⁵⁶¹.

Ancora, un'istanza di *security for costs* è stata rigettata nonostante fosse stata promossa nei confronti di una società in fallimento poiché il ricorrente non aveva dimostrato che la controparte

⁵⁵⁸ POUURET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., § 610: "*Insolvency as such should not suffice as ground for security for costs because it would risk preventing the claimant from pursuing its claims in a system where there is no legal aid available*".

⁵⁵⁹ Cfr. l'arbitrato ICC no. 14355, ordinanza processuale del gennaio 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 72.

⁵⁶⁰ Arbitrato *Geneva Chamber of Commerce and Industry* (no. non riportato), decisione del 25 settembre 1997, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), p. 745 ss., § 8:

"[...] it may happen that a party takes certain steps in order to divest itself from its assets so as to be just an empty shell in case it loses the arbitration. Such manoeuvres, contrary to good faith, could justify an order for security for costs. [...]"

In the particular circumstances of this case, the shareholders of A. have decided to go into liquidation. In the view of the Tribunal, it is a commercial risk that has to be borne by Defendant. It has neither been alleged nor proved that this decision was made in circumstances amounting at bad faith.

[...] In the light of the foregoing, the Tribunal comes to the conclusion that there is no ground for the issuance of an order for security for costs in this matter".

⁵⁶¹ Arbitrato ICC no. 12035, ordinanza processuale del 6 giugno 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 28 ss., § 48-52.

avesse deliberatamente provocato la propria insolvenza per impedire l'esecuzione di un'eventuale condanna ottenuta in sede arbitrale o che la procedura fallimentare fosse stata sospesa per carenza di beni⁵⁶².

Alla luce di quanto sopra illustrato si desume che le difficoltà patrimoniali, economiche e/o finanziarie che rientrano nella normale alea della transazione economica non sono di per sé sufficienti a giustificare un'istanza di *security for costs*. Questo principio è valido anche quando le suddette difficoltà siano tali da sfociare nell'insolvenza o nell'apertura di una procedura concorsuale (sia essa volontaria o meno)⁵⁶³. Il ricorrente dovrà dunque provare che il rischio generato dalle condizioni della controparte fuoriesce dalla normale alea della transazione economica. Questo si traduce solitamente nell'obbligo di dimostrare un *fundamental change* nelle condizioni patrimoniali, economiche e/o finanziarie tra la data di stipulazione del contratto e quella di proposizione dell'istanza di *cautio pro expensis*⁵⁶⁴. In altre parole, l'elemento decisivo non sono le difficoltà in quanto tali, ma piuttosto il mutamento *in peius* che sia stato tanto imprevedibile quanto significativo:

“Enfin – et ce point est décisif – une partie qui entre dans une relation contractuelle avec un partenaire dont la solidité financière n'est pas garantie prend un risque, y compris celui de ne pas recouvrer des dépens en cas de litige. Il se justifie d'ordonner des mesures destinées à pallier ce risque uniquement s'il a augmenté entre la conclusion du contrat et le procès arbitral de façon considérable et imprévisible”⁵⁶⁵.

⁵⁶² Arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Attore, società svizzera in fallimento c. Convenuto, società yemenita*), ordinanza processuale no. 4 del 17 giugno 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 27, § 29 (cfr. *infra* la n. 568 e il testo di riferimento). Un principio analogo è stato espresso nell'arbitrato no. 14993, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 78, § 7.

⁵⁶³ Cfr. l'arbitrato ICC no. 8223, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 72 ss.:
“D'autre part, les entreprises ne sont jamais à l'abri des aléas économiques ou financiers qui peuvent, surtout sur le long terme, mettre en péril la solvabilité de leurs partenaires. Il en va de même pour les restructurations à l'intérieur des groupes de sociétés”.

⁵⁶⁴ È evidente la somiglianza con il *fundamental change* che è richiesto affinché le operazioni poste in essere in mala fede per ostacolare il riconoscimento e l'esecuzione della condanna alle spese (e.g. cambio di domicilio o residenza, trasferimento di beni all'estero e operazioni societarie straordinarie) possano giustificare la concessione di una *security for costs* (si veda *supra* la Sezione V.B.3).

⁵⁶⁵ Arbitrato ICC no. 15951, ordinanza processuale no. 2 del 29 maggio 2009, in *ASA Bulletin* vol. 28(21), 2010, p. 75, § 2.3. La necessità di dimostrare un *fundamental change* è espressamente richiesta anche dall'arbitrato ICC no. 10032, ordinanza processuale del 9 novembre 1999, § 45, in KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 348; dall'arbitrato ICC no. 12542, ordinanza processuale del 19 dicembre 2003, in *ASA Bulletin* vol. 23(4), p. 694, § 44; dall'arbitrato ICC no. 13070, lodo non definitivo del 2006, in WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-37; dall'arbitrato ICC no. 14020, ordinanza processuale del novembre 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 68, § 11; dall'arbitrato ICC no. 14433, ordinanza processuale dell'ottobre 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 73-74, § 47 e 49; dall'arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 81-82, § 16, 20 e 22; e dall'arbitrato *Swiss Chambers' Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportato), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 54-55, § 6.2.3 e 6.3.5. In dottrina, sottolineano l'importanza di guardare all'evoluzione delle condizioni dell'attore piuttosto che alle condizioni in sé: KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 345; POUURET, BESSON, *Comparative*

La necessità di dimostrare un *fundamental change* significa innanzitutto che se le difficoltà dell'attore erano già evidenti al momento della stipulazione del contratto – o avrebbero dovuto esserlo – il convenuto non potrà poi pretendere una garanzia per le spese di lite adducendo queste circostanze come giustificazione⁵⁶⁶. Così, se per esempio l'attore era una c.d. “*empty shell*” all'origine della relazione commerciale, il convenuto non potrà successivamente pretendere una garanzia a copertura delle proprie spese di lite in quanto sapeva che non avrebbe avuto alcuna garanzia di solvibilità durante tutto il rapporto contrattuale, ivi incluso in caso di controversia⁵⁶⁷.

Quando invece le vicissitudini patrimoniali, economiche e/o finanziarie hanno luogo in un momento successivo – e questo è certamente il caso più frequente – occorre determinare cosa si intenda per “*fundamental change*”, dal momento che, come visto, non rientrano in questa categoria situazione decisamente significative, quali l'insolvenza e l'apertura e la pendenza di procedure concorsuali.

Un'analisi della giurisprudenza arbitrale mostra che esistono essenzialmente due tipologie di *fundamental changes*.

Law of International Arbitration, cit., § 610; BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1598; WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-38; GU, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 187 ss.; HENDERSON, *Security for Costs in Arbitration in Singapore*, cit., p. 72-73; VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, cit., p. 344.

Un'opinione contraria è invece espressa da REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 411, secondo cui sarebbe eccessivo chiedere al ricorrente di provare un *fundamental change*, specialmente nelle circostanze in cui le pretese dell'attore incapiente hanno scarse probabilità di successo.

⁵⁶⁶ Sono di questo avviso S. L. BREKOUKAKIS, J. VON GOELER, *The Arbitration Agreement and Arbitrability, It's all about the Money: The Impact of Third-Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* (C. KLAUSEGGER, P. KLEIN, ET AL. ed.), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2017, p. 15; KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 346; BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1598. Proprio sulla possibilità per il ricorrente di conoscere le difficoltà finanziarie della controparte si è basato il tribunale nell'arbitrato ICC no. 8113 (lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 65 ss.) per rigettare l'istanza di *security for costs*:

“The fact that the Defendant is a company with a relatively small capital [...] and small assets, and that its balance sheet for the year [...] showed a deficit should normally have been investigated by the Claimant when he signed the ‘Agreement’ dated [...] 1992”.

Si vedano inoltre le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 3*, § b.

⁵⁶⁷ Sul punto si veda l'arbitrato ICC no. 7047, lodo finale del 28 febbraio 1994, in *ASA Bulletin* vol. 13(2), 1995, p. 305-306, § 4, dove la richiesta di *security for costs* avanzata dal convenuto si basava sulla circostanza che l'attore fosse una “*off-shore company in Panama without any asset*” e sull'assenza di un trattato bilaterale per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi tra Panama e la Jugoslavia (stato di origine dell'attore). Nel rigettare l'istanza del convenuto gli arbitri hanno sottolineato che costui conosceva (o avrebbe dovuto conoscere) le condizioni economiche dell'attore e gli ostacoli che si sarebbero potuti presentare in un eventuale procedimento di exequatur del lodo. Si veda inoltre l'arbitrato ICC no. 15951, ordinanza processuale no. 2 del 29 maggio 2009, in *ASA Bulletin* vol. 28(21), 2010, p. 75, § 2.3 citato poc'anzi (cfr. *supra* la n. 565 e il testo di riferimento). In dottrina, cfr. KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 346; BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1598; MERKIN, FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, cit., p. 159. Cfr. da ultimo le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 3*, § b.

In primo luogo, si ammette la concessione di una *security for costs* quando il ricorrente dimostra che le difficoltà patrimoniali, economiche e/o finanziarie (o addirittura l'insolvenza) della controparte sono state auto-indotte al fine di ostacolare il riconoscimento e l'esecuzione del lodo in caso di sconfitta⁵⁶⁸. Questa prima tipologia di *fundamental change* rivolge dunque l'attenzione alla condotta soggettiva della parte divenuta insolvente e si giustifica in quanto la mala fede non rientra nella normale alea di una relazione commerciale, sia essa domestica o transnazionale.

In secondo luogo, un *fundamental change* si verifica quando il deterioramento delle condizioni patrimoniali, economiche e/o finanziarie dell'attore al momento dell'insorgere della controversia è di tale entità da impedire con ogni probabilità al convenuto di poter eseguire la pronuncia di condanna alle spese⁵⁶⁹. L'accertamento di questa circostanza, solitamente descritta in lingua inglese con l'espressione "*manifest insolvency*"⁵⁷⁰, richiede un'analisi meramente oggettiva, non essendo necessaria alcuna indagine sul comportamento o sulle intenzioni della parte divenuta insolvente⁵⁷¹. Non è tuttavia facile per il convenuto dimostrare che l'attore versi in una condizione di *manifest insolvency*. Come illustrato in precedenza, infatti, la semplice apertura di una procedura concorsuale non è ritenuta sufficiente a giustificare una *security for costs*. Perché questa misura sia concessa si richiede un *quid pluris*, ossia la prova che il patrimonio dell'attore sia insufficiente a finanziare i costi dell'arbitrato e garantire il rimborso delle spese di lite in caso di soccombenza, il che renderebbe l'insolvenza talmente grave da fuoriuscire dalla normale alea del contratto⁵⁷².

⁵⁶⁸ Cfr. arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Attore, società svizzera in fallimento c. Convenuto, società yemenita*), ordinanza processuale no. 4 del 17 giugno 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 27, § 29 ("*the Arbitral Tribunal determines that Respondent has failed to produce prima facie evidence that Claimant's status as a company 'in Bankruptcy' stands in any direct or indirect connection with this arbitration, i.e., that Claimant deliberately manoeuvred itself into insolvency so as to deprive Respondent from recovering a possible future award in its favor*"); arbitrato *Geneva Chamber of Commerce and Industry* (no. non riportato), decisione del 25 settembre 1997, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), p. 745 ss., § 8 (si veda la prima parte della citazione nella n. 560 *supra*); arbitrato ICC no. 12035, ordinanza processuale del 6 giugno 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 28 ss., § 47-48 (cfr. *supra* la n. 555 e il testo di riferimento); arbitrato *Swiss Chambers' Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportato), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 54-55, § 6.2.2 e 6.3.5. In dottrina si vedano, a mero titolo esemplificativo, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. GAILLARD, J. SAVAGE ed.), cit., § 1256; J. E. KALICKI, *Security for Costs in International Arbitration, T.D.M.* vol. 3(5), dicembre 2006; HENDERSON, *Security for Costs in Arbitration in Singapore*, cit., p. 73. Cfr. anche le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 3*, § c.

⁵⁶⁹ Cfr. l'arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 81, § 18.

⁵⁷⁰ *Id.*, § 16 e BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1599.

⁵⁷¹ Cfr. l'arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 81, § 18, in cui il tribunale ha ritenuto inappropriato e "*one-sided*" far dipendere la concessione di una *security for costs* dalla condotta dell'attore.

⁵⁷² *Id.*, § 19. Si veda inoltre l'arbitrato *ad hoc* con sede a Zurigo, ordinanza processuale del 27 novembre 2002, in *ASA Bulletin* vol. 23(1), 2005, p. 111-114, § 3-4 in cui il tribunale ha rigettato un'istanza di *security for costs* nonostante la nomina di un curatore per la gestione del patrimonio dell'attore poiché tale patrimonio comprendeva liquidità pari a 4,4 milioni di dollari, circostanza che non metteva a repentaglio la ripetizione delle spese dell'arbitrato in caso di condanna a favore del convenuto (cfr., in particolare, *id.*, p. 114, § 4.9).

Si ritiene che ricorra un'ipotesi di *manifest insolvency* tale da giustificare una *cautio pro expensis* quando la procedura fallimentare viene sospesa per mancanza di beni. Questo principio è stato chiaramente sancito nell'arbitrato ZCC no. 415:

"Claimant's interest in having access to arbitral justice must be weighed against Respondent's interest in avoiding costly arbitration proceedings with no sufficient security that it would be reimbursed for its expenses in case of success. The Sole Arbitrator is of the opinion that where a party has gone through bankruptcy proceedings that were suspended due to lack of assets, the other party's interest in security for costs prevails over the first party's interest in unimpeded access to arbitral justice. Consequently, Respondent's request for an order for security for expenses should be granted"⁵⁷³.

Sulla base del medesimo principio un tribunale svizzero *ad hoc* ha invece rigettato un'istanza di *security for costs* mancando la prova della sospensione della procedura fallimentare⁵⁷⁴.

Un'ulteriore ipotesi di *manifest insolvency* si verifica quando l'attore cessa la propria attività produttiva e la sua condizione di sovraindebitamento è chiaramente certificata. Così nell'arbitrato ICC no. 15218 il tribunale ha ordinato all'attore di prestare una garanzia per i costi dell'arbitrato in quanto non solo aveva cessato la sua attività produttiva ma le passività iscritte a bilancio superavano di tredici volte le attività, il che lasciava desumere che il convenuto, in caso di vittoria, avrebbe potuto recuperare un percentuale assai esigua delle spese sostenute per difendersi in arbitrato⁵⁷⁵.

In conclusione, da quanto sopra illustrato si può desumere che le difficoltà patrimoniali, economiche e/o finanziarie rilevano ai fini della concessione di una *security for costs* quando:

- (i) sono (a) oggettive, (b) attuali, e (c) tali da mettere seriamente a repentaglio il rimborso delle spese di lite, non essendo invece sufficiente il mero timore soggettivo o il timore di peggioramento in futuro;
- (ii) fuoriescono dalla normale alea contrattuale, concetto in cui rientrano invece le ordinarie difficoltà patrimoniali, economiche e/o finanziarie, anche se tali da sfociare nell'insolvenza o nell'apertura di una procedura concorsuale (sia essa volontaria o meno);
- (iii) producono – tra il momento della stipulazione del contratto e l'inizio della controversia – un *fundamental change*, scenario che si può verificare quando (a) l'insolvenza è auto-indotta al

⁵⁷³ Arbitrato ZCC no. 415, ordinanza processuale no. 4 del 20 novembre 2001, in *ASA Bulletin* vol. 20(3), p. 471, § 16. Cfr. inoltre l'arbitrato ICC no. 14993, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 78, § 7: "The opening of bankruptcy itself was found to be insufficient for as long as the bankruptcy assets are sufficient for the financing of potential legal costs. However, serious insolvency is suspected in cases where bankruptcy is suspended for the lack of assets or due to the fact that the defendant owns a temporal or definite certificate of loss".

⁵⁷⁴ Arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (Attore, società svizzera in fallimento c. Convenuto, società yemenita), ordinanza processuale no. 4 del 17 giugno 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 26-27, § 25 e 29.

⁵⁷⁵ Arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 82, § 22-24.

fine di ostacolare il riconoscimento e l'esecuzione del lodo in caso di sconfitta; oppure (b) il deterioramento delle condizioni patrimoniali, economiche e/o finanziarie è tale da provocare una situazione di *manifest insolvency*, espressione a cui la giurisprudenza arbitrale riconduce due ipotesi: (1) la sospensione della procedura fallimentare viene sospesa per mancanza di beni; e (2) la cessazione dell'attività produttiva accompagnata da una condizione di sovraindebitamento.

Giova tuttavia specificare che, anche laddove si riesca a dare prova di tutti i requisiti appena esposti, un'istanza di *security for costs* verrà difficilmente concessa se le vicissitudini patrimoniali, economiche e/o finanziarie dell'attore sono il frutto della condotta del convenuto:

"If there is no reasonable chance for the defendant to enforce a future cost award in its favour, an order for security for costs must be granted, unless the plaintiff would prove that its financial troubles are directly connected to a behaviour of the defendant contrary to the principle of good faith"⁵⁷⁶.

V.B.5 Il ricorso al third-party funding e il fenomeno dell'arbitrato c.d. "hit and run"

Un ulteriore elemento che viene talvolta considerato dagli arbitri nel decidere le istanze di *security for costs* è il ricorso al *third-party funding* da parte del soggetto nei cui confronti viene presentata l'istanza.

Si definisce *third-party funding* il meccanismo in base al quale un soggetto – che prende il nome di *third-party funder* – fornisce ad una parte in causa i fondi necessari per instaurare e/o proseguire un procedimento arbitrale, ricevendo in cambio il diritto a una porzione dell'eventuale risarcimento determinato dal tribunale arbitrale⁵⁷⁷. Negli ultimi anni questo fenomeno ha trovato una diffusione sempre maggiore nell'arbitrato internazionale, il che è verosimilmente dovuto sia all'aumento dei costi dell'arbitrato⁵⁷⁸, sia alla recessione economica che interessato il mondo occidentale nell'ultimo

⁵⁷⁶ Arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 81, § 18. Lo stesso principio è stato riconosciuto nell'arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera, lodo del 21 dicembre 1998, in *ASA Bulletin* vol. 17(1), 1999, p. 65-66, § 11; nell'arbitrato ICC no. 14355, ordinanza processuale del gennaio 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 72, § f e nell'arbitrato ICC no. 14433, ordinanza processuale dell'ottobre 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 73, § 47, nonché dalle corti inglesi sin dalla fine del Novecento, cfr. *Farrer v. Lacy Hartland & Co.* (1885) 28 Ch. D. 482, 485 e *Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd. v. Triplan Ltd.* [1973] 1 Q.B. 609, 623 D. In dottrina, cfr. KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 348; RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 375; GU, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 1941-95; HENDERSON, *Security for Costs in Arbitration in Singapore*, cit., p. 74.

⁵⁷⁷ Per una definizione del *third-party funding* si vedano B. M. CREMADES, *Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, in *Spain Arb. Rev.* vol. 2012(13), p. 156; P. PINSOLLE, *Le financement de l'arbitrage par les tiers*, in *Rev. Arb.* vol. 2011(2), p. 386; e D. YEOH, *Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?*, in *J. Intl. Arb.* vol. 33(1), 2016, p. 116. Si veda inoltre il *General Standard 6(b)* delle *IBA Guidelines on*

Conflicts of Interest in International Arbitration adottate il 23 ottobre 2014.

⁵⁷⁸ Cfr. *supra* le n. 5-9 e il testo di riferimento.

decennio⁵⁷⁹.

Il *third-party funding* gioca un ruolo importante nel consentire a soggetti incapienti, o addirittura indigenti, di avere accesso alla giustizia arbitrale⁵⁸⁰, il che è ancor più evidente nell'arbitrato internazionale se si considera che non esiste il patrocinio gratuito. Tuttavia, è facile intuire come, al contempo, la possibilità di ottenere un finanziamento per instaurare o proseguire un procedimento arbitrale possa prestarsi a facili abusi e faccia insorgere nuove difficoltà. Su tutti si segnalano: il rischio che un'azione con scarse probabilità di successo venga finanziata scientemente a meri scopi speculativi⁵⁸¹, il rischio che la controparte veda aumentare le proprie spese di difesa dal momento che la parte finanziata avrà più facilmente accesso a soluzioni processuali costose (e.g. avvalersi di periti di parte)⁵⁸², il rischio che sorgano conflitti per i membri del tribunale arbitrale⁵⁸³ e, soprattutto, il rischio che in caso di sconfitta della parte finanziata il *third-party funder* non sia responsabile per le spese di lite e contestualmente non sia possibile eseguire il lodo nei confronti della parte soccombente per via della sua incapienza⁵⁸⁴.

Ai fini del presente scritto la questione da determinare è se, e in quale misura, il ricorso di una parte (generalmente l'attore) al *third-party funding* rilevi per la concessione di una *security for costs*.

Innanzitutto, si deve escludere che il ricorso al *third-party funding* sia di per sé indicatore di insolvenza. Sebbene siano solitamente le parti incapienti a ricorrere a questa soluzione per finanziare il proprio contenzioso, non si può escludere che una società perfettamente solvente e capiente decida di ricorrere al *third-party funding* per diversificare il proprio rischio e avere maggiori liquidità⁵⁸⁵. Si potrebbe anzi argomentare che, quando il *third-party funder* accetta la

⁵⁷⁹ BREKOULAKIS, VON GOELER, *The Arbitration Agreement and Arbitrability, It's all about the Money: The Impact of Third-Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* (C. KLAUSEGGER, P. KLEIN, ET AL. ed.), cit., p. 3.

⁵⁸⁰ Id., p. 7; N. DARWAZEH, A. LELEU, *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*, in *J. Intl. Arb.* vol. 33(2), 2016, p. 127.

⁵⁸¹ DARWAZEH, LELEU, *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*, cit., p. 129-130.

⁵⁸² Sul punto si veda VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, cit., p. 343-344, il quale sottolinea come sia però complesso determinare l'incremento dei costi attribuibile al fatto che una delle parti ricorra al *third-party funding*.

⁵⁸³ Cfr. DARWAZEH, LELEU, *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*, cit., p. 132-133. Si veda al riguardo il *General Standard 7(a)* delle *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* adottate il 23 ottobre 2014, che impone alle parti in causa di fare *disclosure* sia dei rapporti tra gli arbitri e le parti stesse sia di quelli tra gli arbitri e i *third-party funders*.

⁵⁸⁴ Si vedano al riguardo VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, cit., p. 334; DARWAZEH, LELEU, *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*, cit., p. 130-131.

⁵⁸⁵ BREKOULAKIS, VON GOELER, *The Arbitration Agreement and Arbitrability, It's all about the Money: The Impact of Third-Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* (C. KLAUSEGGER, P. KLEIN, ET AL. ed.), cit., p. 10; VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, cit., p. 342. Si veda inoltre il *Draft Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration* del 1 settembre 2017, p. 140.

responsabilità per un'eventuale condanna alle spese della parte finanziata, aumentano le possibilità per la controparte di ottenere il rimborso delle proprie spese di lite in caso di vittoria⁵⁸⁶.

Va altresì escluso che il ricorso al *third-party funding* dia luogo, di per sé, a un *fundamental change* tra lo *status quo* esistente al momento della sottoscrizione del contratto e quello del momento in cui è proposta l'istanza di *cautio pro expensis*. Questo principio emerge chiaramente dal ragionamento di una recente pronuncia di un tribunale ICC:

“The Arbitral Tribunal does not take the view that, in and by itself, the existence of third party funding would necessarily constitute a fundamental change. [...] a third party sharing the financial risks of the proceedings with X, or even counsel acting on contingency basis, would certainly affect X's position in the arbitration, yet without creating *per se* a change of circumstances of such a fundamental nature that security for costs should be granted”⁵⁸⁷.

Ne discende che il semplice ricorso dell'attore al *third-party funding* non costituisce di per sé un valido motivo per concedere una *security for costs*⁵⁸⁸. Tutt'al più, questo potrà essere uno dei molteplici elementi che gli arbitri dovranno prendere in considerazione per valutare se, nella fattispecie, vi sia un effettivo rischio per il ricorrente di non ottenere il rimborso delle spese in caso di vittoria⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ BREKOULAKIS, VON GOELER, *The Arbitration Agreement and Arbitrability, It's all about the Money: The Impact of Third-Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* (C. KLAUSEGGER, P. KLEIN, ET AL. ed.), cit., p. 10.

⁵⁸⁷ Arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 34, in PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, cit., p. 409.

⁵⁸⁸ Cfr. W. KIRTLEY, K. WIETRZYKOWSKI, *Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?*, in *J. Intl. Arb.* vol. 30(1), p. 30: “Adopting a blanket approach, whereby security for costs was systematically ordered in the presence of third-party funding, would unfairly penalize claimants with meritorious claims, but who had relied upon third-party funding rather than alternative forms of financing a claim. It would also unfairly reward respondents who had no realistic chance of being awarded costs at the end of the arbitration, but were requesting security for costs on a purely tactical basis. While it seems appropriate for third-party funding to be considered as an element when assessing the claimant's ability to pay, it would be unfair to single out the presence of third-party funding as a sufficient condition for granting security for costs”. Sembrano di diverso avviso MERKIN, FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, cit., p. 150, secondo cui il semplice coinvolgimento di un *third-party funder* dovrebbe rendere gli arbitri più inclini a concedere una *security for costs*.

⁵⁸⁹ Sono dello stesso avviso REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 407-408; VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, cit., p. 341. Si veda inoltre il *Draft Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration* del 1 settembre 2017, p. 142.

Giova sottolineare che l'irrelevanza del ricorso al *third-party funding* in quanto tale non è propria solo dell'arbitrato commerciale internazionale ma anche di quello di investimenti. La posizione dei tribunali di investimento è bene riassunta nelle pronunce *EuroGas v. Slovak Republic* e *South American Silver v. Bolivia*, dove si è rispettivamente stabilito che:

“[...] financial difficulties and third party-funding – which has become a common practice – do not necessarily constitute per se exceptional circumstances justifying that the Respondent be granted an order of security for costs” (Arbitrato ICSID no. ARB/14/14, *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, Procedural Order no. 3 Decision on the parties' requests for provisional measures del 23 giugno 2015, § 123); e

Solitamente l'analisi condotta dai tribunali commerciali internazionali si concentra sul contenuto dell'accordo tra il *funder* ed il soggetto finanziato al fine di stabilire se le previsioni ivi contenute siano tali da determinare un *fundamental change* tra il momento della stipulazione del contratto e la proposizione dell'istanza di *security for costs*⁵⁹⁰.

Le previsioni del contratto di finanziamento cui prestare attenzione sono innanzitutto quelle relative al controllo della strategia difensiva, per valutare se il *funder* abbia voce in capitolo o addirittura potere esclusivo nel decidere come condurre la controversia e se proporre o accettare accordi transattivi⁵⁹¹. Mi pare infatti che possano ricorrere gli estremi di un *fundamental change* quando l'attore concede al *funder* di determinare la propria strategia difensiva, poiché il convenuto si troverebbe effettivamente ad affrontare un procedimento arbitrale con una controparte per certi aspetti diversa da quella con cui aveva stipulato il contratto. Se a questa circostanza si aggiungesse anche l'insolvenza o l'incapienza dell'attore, il convenuto rischierebbe seriamente di non poter recuperare le spese di lite in caso di vittoria e, trovandosi di fronte a un *fundamental change*, ricorrerebbero gli estremi per la concessione di una *security for costs*.

Tra le altre disposizioni del contratto di finanziamento che meritano un'attenzione particolare ai nostri fini vi sono anche quelle relative al diritto di recesso del *funder* e quelle che limitano la responsabilità di quest'ultimo. Proprio su questi due tipi di clausole si è concentrata la pronuncia ICC poc'anzi menzionata, in cui il tribunale ha ritenuto che un *fundamental change* si fosse verificato poiché l'accordo di finanziamento in questione permetteva al *funder* di recedere *ad nutum* dal contratto e non prevedeva alcuna responsabilità per il *funder* in caso di lodo sfavorevole alla parte finanziata:

“40. A review of the B Agreement thus shows a number of specific features germane to this case. As far as the Arbitral Tribunal is aware, such clauses have not (yet) occurred in practice elsewhere. The third party funding mechanism at hand makes it possible for the

“The Tribunal considers that while the existence of a third-party funder may be an element to be taken into consideration in deciding on a measure as the one requested by Bolivia, this element alone may not lead to the adoption of the measure.

The existence of the third-party funder alone does not evidence the impossibility of payment or insolvency. It is possible to obtain financing for other reasons. The fact of having financing alone does not imply risk of non-payment” (Arbitrato PCA no. 2013-15, *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, Procedural Order no. 10 dell'11 gennaio 2016, § 75-76).

Nell'unico caso d'investimento noto a chi scrive in cui è stata concessa un'istanza di *security for costs* (Arbitrato ICSID no. ARB/12/10, *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, Decision on the Saint Lucia's request for security for costs del 13 agosto 2014), la decisione degli arbitri si è basata principalmente sulla dimostrata tendenza dell'investitore a non adempiere alle condanne alle spese in arbitrati precedenti (id., § 77-82), mentre è stato attribuito solamente un ruolo secondario al fatto che l'investitore avesse fatto ricorso al *third-party funding*, che è stato ritenuto una fonte ulteriore di rischio per lo Stato convenuto di non ottenere il rimborso delle spese di lite in caso di vittoria (id., § 83; cfr. però la *concurring opinion* di Gavan Griffith, QC e la *dissenting opinion* di Judge Edward W. Nottingham).

⁵⁹⁰ È evidente qui la somiglianza con il *fundamental change* discusso *supra* nella Sezione V.B.3 e V.B.4.

⁵⁹¹ Arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 37-38, in PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, cit., p. 410-411.

Funder to secure a comfortable share of the proceeds for itself in case the litigation is successful while (i) taking no risk whatsoever with regard to the costs that may have to be paid to the other party as a consequence of an unsuccessful litigation and (ii) retaining the possibility to walk out at any time by simply ‘pulling the plug’ on X should it appear pursuant to the monthly reports that the case is going less well for the Claimant than had been anticipated.

41. By comparing this with the situation as of March 29, 2011 —the day before the B Agreement was entered into — the Arbitral Tribunal reaches the conclusion that, in view of its specific contents, the B Agreement constitutes a fundamental change of circumstances *vis à vis* the situation prevailing at the time the Parties engaged in the selection process afforded by art. 1.1.1. of the SA. The Arbitral Tribunal does not take the view that the existence of third party funding in this case itself would justify a finding that the circumstances have fundamentally changed. Our finding is strictly limited to the circumstances at hand and to the specifics of the B Agreement which is part of the record of this arbitration”⁵⁹².

Lo scenario appena descritto, che prende il nome di “*hit and run arbitration*”⁵⁹³, desta notevoli preoccupazioni perché il *funder* – che in quanto terzo non è soggetto all’autorità del tribunale – non è esposto ad alcun pericolo: in caso di vittoria della parte finanziata, otterrà quanto sperato; in caso invece di sconfitta, non avrà esborsi ulteriori rispetto a quelli necessari per sponsorizzare la parte finanziata, non essendo però responsabile per il rimborso delle spese di controparte.

Così, se al fenomeno dell’*hit and run arbitration* si somma anche l’insolvenza dell’attore, o comunque una situazione patrimoniale, economica e/o finanziaria oggettivamente precaria, si rientra in un’ipotesi eccezionale che giustifica la concessione di una *security for costs*. Difatti, non solo il convenuto rischia di non ottenere il rimborso delle proprie spese di lite in caso di vittoria né dall’attore (perché insolvente), né dal *funder* (perché privo di responsabilità in caso di condanna dell’attore), ma la presenza del *third-party funder* ha verosimilmente costretto il convenuto a difendersi in arbitrato contro un attore incapiente che senza un finanziamento esterno non avrebbe potuto instaurare o proseguire la controversia⁵⁹⁴.

Che il *third-party funder* debba essere pronto a rispondere dei costi del convenuto in caso di insolvenza dell’attore è stato espressamente sancito anche nell’arbitrato ICC no. 15218:

“[...] if a party has become manifestly insolvent and therefore is likely relying on funds from third parties in order to finance its own costs of the arbitration, the right to have access to arbitral justice can only be granted under the condition that those third parties

⁵⁹² Arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 40-41, in PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, cit., p. 411.

⁵⁹³ KALICKI, *Security for Costs in International Arbitration*, cit.

⁵⁹⁴ Cfr. BREKOULAKIS, VON GOELER, *The Arbitration Agreement and Arbitrability, It’s all about the Money: The Impact of Third-Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* (C. KLAUSEGGER, P. KLEIN, ET AL. ed.), cit., p. 17. Si vedano inoltre il *Draft Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration* del 1 settembre 2017, p. 143-144 e le *Chartered Institute of Arbitrators’ Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 4*, § e.

are also ready and willing to secure the other party's reasonable costs to be incurred. If those third parties are not willing to provide such security, it would be finally up to the insolvent party's creditors to decide how to proceed with the claim in dispute"⁵⁹⁵.

In conclusione, si deve ritenere che il ricorso al *third-party funding* non giustifichi di per sé la concessione di una *security for costs*. Questa misura potrebbe tuttavia essere concessa se, in una situazione in cui vi sia già un effettivo rischio per il convenuto di non ottenere la ripetizione delle proprie spese in caso di vittoria, il *third-party funding* aggiungesse un *fundamental change*. Tale circostanza si verifica vuoi nelle ipotesi in cui il contratto di finanziamento permette al *funder* di decidere la strategia difensiva della parte finanziata, vuoi quando il contratto di finanziamento permette al *funder* di recedere *ad nutum* e/o il *funder* non ha responsabilità alcuna in caso di lodo sfavorevole alla parte finanziata.

V.B.6 Il bilanciamento degli interessi delle parti (balancing of interests)

Come illustrato in precedenza, l'operazione di *balancing of interests* tra gli interessi delle parti in causa è uno dei requisiti per la concessione dei provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale⁵⁹⁶.

Questa operazione, già di per sé delicata, presenta delle difficoltà ulteriori quando gli arbitri sono chiamati a pronunciarsi su un'istanza di *security for costs*, dal momento che entrano in gioco valutazioni relative al diritto di accesso alla giustizia che potrebbe essere reso molto più gravoso se a una parte fosse imposta la prestazione di una garanzia per le spese di lite di controparte in aggiunta all'obbligo di versare una quota degli anticipi sui costi dell'arbitrato⁵⁹⁷.

Proponendo un'istanza di *security for costs* il convenuto-ricorrente chiede sostanzialmente una garanzia che renda effettivo il principio della soccombenza e gli permetta di ottenere una rifusione delle spese dell'arbitrato in caso di vittoria. È evidente che questa posizione contrasta in maniera netta con l'interesse dell'attore di avere accesso alla giustizia arbitrale per far valere le proprie pretese nei confronti del convenuto senza eccessivi ostacoli, anche laddove si trovi in una condizione di incapacienza e non sia dunque in grado di garantire il rimborso delle spese di lite di controparte. Il compito che spetta al tribunale arbitrale è dunque quello di soppesare questi due interessi contrastanti:

"Claimant's interest in having access to arbitral justice must be weighed against Respondent's interest in avoiding costly arbitration proceedings with no sufficient security that it would be reimbursed for its expenses in case of success"⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 81, § 21.

⁵⁹⁶ Cfr. *supra* le n. 176-177 e 214-215 e il testo di riferimento.

⁵⁹⁷ Cfr. *supra* le n. 42-44 e 214-215 e il testo di riferimento. Si veda inoltre l'arbitrato SIAC no. 076/2006, citato in HENDERSON, *Security for Costs in Arbitration in Singapore*, cit., p. 74.

⁵⁹⁸ Arbitrato ZCC no. 415, ordinanza processuale no. 4 del 20 novembre 2001, in *ASA Bulletin* vol. 20(3), p. 471, § 16. L'importanza dell'operazione di *balancing of interests* emerge anche dalle seguenti pronunce: arbitrato *ad hoc*

In altre parole, gli arbitri devono interrogarsi sul se sia opportuno o meno, a seconda delle circostanze, concedere un'istanza di *security for costs*⁵⁹⁹. È chiaro che questa valutazione – peraltro esplicitamente richiesta negli arbitrati condotti sulla base del Regolamento SCC⁶⁰⁰ – dovrà essere effettuata solo una volta che il tribunale: (i) abbia positivamente accertato l'esistenza della propria competenza *prima facie* a decidere sulla controversia⁶⁰¹; (ii) si sia convinto della possibilità di applicare il principio di soccombenza⁶⁰²; e (iii) abbia accertato l'esistenza di una circostanza eccezionale che giustifichi la concessione della *cautio pro expensis*, che potrebbe constare – come visto – di una particolare difficoltà patrimoniale, economica e/o finanziaria della parte nei cui confronti viene promossa l'istanza, di un suo comportamento in mala fede volto a rendere più gravosa l'esecuzione della condanna alle spese, ovvero di un *fundamental change* derivante dal ricorso al *third-party funding*⁶⁰³.

Tra i fattori solitamente considerati dai tribunali arbitrali per decidere se la concessione di una *security for costs* sia o meno opportuna – e dunque per determinare se vi sia il rischio di impedire la prosecuzione di un'azione potenzialmente meritevole di tutela – si segnala, innanzitutto, la valutazione delle relative probabilità di successo delle parti nel merito della controversia (cfr. *supra* la Sezione V.B.1(ii)). Come detto, infatti, un ordine di *security for costs* si giustifica maggiormente quando le pretese attoree hanno scarse probabilità di accoglimento; mentre laddove l'azione sia ritenuta genuina e con ragionevoli probabilità di successo aumenta il rischio di ostacolare in modo indebito l'accesso alla giustizia⁶⁰⁴.

In aggiunta all'indagine sul *fumus boni iuris*, l'operazione di bilanciamento condotta dagli arbitri può basarsi anche su altri fattori, tra cui si segnalano: (i) il pagamento ovvero il mancato pagamento degli anticipi sui costi dell'arbitrato ad opera delle parti; (ii) la presenza di eventuali domande riconvenzionali proposte dal convenuto-ricorrente; (iii) l'eventuale offerta del convenuto-ricorrente

con sede in Svizzera, lodo del 21 dicembre 1998, in *ASA Bulletin* vol. 17(1), 1999, p. 65, § 9; nell'arbitrato ICC no. 12035, ordinanza processuale del 6 giugno 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 28 ss., § 50; arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 81, § 17.

⁵⁹⁹ Cfr. l'arbitrato ICC no. 10032, ordinanza processuale del 9 novembre 1999, § 45, in KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 348 in cui il tribunale arbitrale si è domandato se fosse “*highly unfair*” per il convenuto doversi difendere senza una garanzia per le spese di lite o se, piuttosto, fosse “*highly unfair*” per l'attore dover prestare detta garanzia. Un'indagine simile si rinviene nell'arbitrato ICC no. 14433, ordinanza processuale dell'ottobre 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 73, § 47 in cui gli arbitri si domandano “*whether it is 'just' to make such an order*”. In dottrina si veda REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 411-412 (“*If the other factors are satisfied, the tribunal must consider whether it is fair in all the circumstances that an order for security for costs should be made*”). Cfr. inoltre gli artt. 1(2)(iii) e 4 delle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs*.

⁶⁰⁰ Si veda l'art. 38(2)(iii) del Regolamento SCC.

⁶⁰¹ Si vedano *supra* le n. 157-158 e 197-199 e il testo di riferimento.

⁶⁰² Cfr. la Sezione V.B.1(i) *supra*.

⁶⁰³ Cfr. le Sezioni V.B.3, V.B.4 e V.B.5 *supra*.

⁶⁰⁴ Sono di questo avviso anche REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 411-412.

di prestare una contro-garanzia per la medesima somma; (iv) la tendenza dell'attore-resistente a non adempiere alle condanne alle spese in controversie precedenti; e (v) la tempistica con cui è presentata l'istanza di *security for costs*. Questi fattori verranno analizzati in dettaglio nei seguenti paragrafi.

(i) *Il pagamento ovvero il mancato pagamento degli anticipi sui costi dell'arbitrato*

Non di rado l'opportunità di concedere una *cautio pro expensis* viene fatta dipendere, almeno in parte, dall'atteggiamento tenuto da entrambe le parti in relazione all'obbligo di pagare la propria quota di anticipi sui costi dell'arbitrato.

È opinione diffusa in giurisprudenza che il pagamento della propria quota di anticipi ad opera della parte nei cui confronti viene presentata un'istanza di *security for costs* (generalmente l'attore) depone a favore del diniego di tale istanza⁶⁰⁵. La *ratio* di questo ragionamento risiede nel fatto che, pagando la propria quota di anticipi, l'attore ha dimostrato sia di avere un interesse al corretto svolgimento della procedura arbitrale sia di non essere del tutto incapiente:

“le fait qu'une partie demanderesse ait été en mesure de payer une avance de frais élevée au greffe d'un tribunal lors du dépôt de sa demande pouvait être retenue comme signe de solvabilité”⁶⁰⁶.

Depone altresì contro la concessione della *cautio pro expensis* il mancato pagamento degli anticipi ad opera del ricorrente (generalmente il convenuto). Nello specifico, si ritiene che l'inottemperanza del convenuto alla richiesta di un anticipo non faccia venir meno il potere degli arbitri di decidere sull'istanza di *security for costs* promossa dallo stesso, ma incida in maniera fortemente negativa sulle modalità di esercizio del potere discrezionale del tribunale:

“It is the Tribunal's view that the failure of the First Respondent to abide by the ICC Rules, although not automatically disqualifying the First Respondent from seeking interim relief from the Tribunal does create a substantial obstacle to the success of the

⁶⁰⁵ L'ipotesi opposta, in cui l'attore ometta di versare la propria quota di anticipi, ben potrebbe essere considerata dal collegio nel valutare l'opportunità di un ordine di *security for costs* (cfr. le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 4, § e*). Tuttavia, si tratta di un'ipotesi eccezionale giacché, solitamente, il mancato pagamento degli anticipi ad opera dell'attore già comporta l'estinzione del procedimento arbitrale, il che farebbe venir meno la necessità di proporre un'istanza di *security for costs* (fanno eccezione solo i casi in cui il convenuto decida di pagare gli anticipi per intero, ma come è facile intuire quest'eventualità è assai infrequente nella prassi).

⁶⁰⁶ Arbitrato ICC (no. non riportato), ordinanza processuale (data non riportata), in *ASA Bulletin* vol. 15(2), 1997, p. 377, § 50. Si vedano inoltre, arbitrato ICC no. 8307, lodo non definitivo del maggio 2001, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 20, § 17(c); arbitrato ICC no. 11399, lodo non definitivo, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 36 ss., § 7.19; arbitrato ICC no. 13070, lodo non definitivo del 2006, in WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-37; arbitrato ICC no. 12393, ordinanza processuale del 30 luglio 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 56 ss., § 40; arbitrato ICC no. 12853, ordinanza processuale del 3 dicembre 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 80, § 3; arbitrato *Swiss Chambers' Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportato), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 57-59, § 7.3.6 e 7.4.6.

application”⁶⁰⁷.

Sulla base di queste premesse è chiaro che un ordine di *cautio pro expensis* si giustifica ancor meno quando l’attore non solo abbia pagato la propria quota di anticipi ma anche quella del convenuto inadempiente:

“Claimant seems far from being an illiquid company: as opposed to Respondent, Claimant was not only ready to provide a bank-guarantee in the amount of CHF 500,000.- as a security for Respondent’s costs, but rather also fully advanced both its own and Respondent’s share of the ordered advance on costs of the arbitration”⁶⁰⁸.

(ii) *La presenza di domande riconvenzionali proposte dal convenuto-ricorrente*

Un ulteriore fattore che può determinare il diniego dell’istanza di *security for costs* proposta dal convenuto è la presenza di una domanda riconvenzionale che sia strettamente connessa alla domanda principale⁶⁰⁹.

In tali circostanze, infatti, entrambe le parti rivestono contestualmente la veste di attore e convenuto in relazione alle medesime questioni fattuali e giuridiche. Ne discende che l’attore in riconvenzionale non potrà lamentare di essere posto dinnanzi al dilemma tra rimanere contumace con un elevato rischio di soccombenza e difendersi in giudizio con il rischio di non vedersi rimborsate le spese in caso di vittoria⁶¹⁰.

Inoltre, per decidere sulla domanda riconvenzionale, il tribunale arbitrale dovrà decidere le stesse questioni di fatto e di diritto sottese alla domanda principale, il che rende poco opportuno – al punto da essere a mio avviso in contrasto con il principio di economia processuale – ostacolare, o addirittura impedire, l’accesso alla giustizia arbitrale per l’attore incapiente imponendogli di prestare una *cautio pro expensis* in aggiunta al pagamento degli anticipi. Invero, se l’attore non fosse in grado di adempiere all’ordine di *security for costs* e le sue domande venissero quindi ignorate dal tribunale arbitrale, si costringerebbe l’attore ad avanzare le proprie pretese in un’altra sede, ammesso ovviamente che non si attribuisca autorità di giudicato alla pronuncia con cui il tribunale dichiara l’estinzione del procedimento arbitrale in relazione alle pretese attoree⁶¹¹. Qualora invece si attribuisse a tale pronuncia efficacia di giudicato, l’attore si troverebbe

⁶⁰⁷ Arbitrato ICC no. 13620, ordinanza processuale del maggio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p.67, § 3.6. In senso analogo, cfr. arbitrato ICC no. 8307, lodo non definitivo del maggio 2001, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 20, § 17(c). In dottrina si vedano RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 375 e Gu, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 195.

⁶⁰⁸ Arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Attore, società svizzera in fallimento c. Convenuto, società yemenita*), ordinanza processuale no. 4 del 17 giugno 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 27, § 30. Alla medesima conclusione giunge anche il tribunale nell’arbitrato ICC no. 7047, lodo finale del 28 febbraio 1994, in *ASA Bulletin* vol. 13(2), 1995, p. 306, § 4.

⁶⁰⁹ Cfr. le *Chartered Institute of Arbitrators’ Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 1*, § d.

⁶¹⁰ Si vedano *supra* le n. 23-24 e il testo di riferimento.

⁶¹¹ Sul punto si veda il Capitolo VI *infra*.

nell'impossibilità di avanzare nuovamente le proprie pretese e dovrebbe addirittura difendersi nell'arbitrato dalle domande riconvenzionali del convenuto che si fondano sulle medesime questioni fattuali e giuridiche su cui l'attore stesso si era basato per proporre le proprie domande. A mio avviso, entrambi questi scenari creano una situazione di forte disequilibrio tra le parti in danno all'attore incapiente, e ciò dovrebbe indurre gli arbitri a propendere per un rigetto dell'istanza di *security for costs* a meno che la necessità di tale misura non si debba desumere da altre circostanze di carattere eccezionale⁶¹².

Da ultimo, quando la domanda principale e quella riconvenzionale sono strettamente connesse, l'eventuale concessione di una *cautio pro expensis* presenta anche delle notevoli difficoltà pratiche in relazione alla determinazione del *quantum* della garanzia, poiché sarà difficile stabilire le spese incorse per difendersi dall'azione principale, per le quali si giustifica la *security for costs*, e quelle relative invece alla domanda riconvenzionale, per le quali non si giustifica la *security for costs*. Questa difficoltà è stata correttamente messa in luce da un tribunale ICC:

“169. The Arbitral Tribunal also observes that the request for security for costs does not distinguish amongst ‘the costs and expenses of arbitration that may be awarded to Respondent- Counterclaimant in these proceedings’. Respondent's estimated amount of at least € 550,000 does not distinguish any portion solely attributable to defending against the claims and thus not attributable to assertion of the counterclaims.

170. The procedural institution of security for costs is for the protection of a respondent party (whether as respondent to a claim or as counter-respondent to a counterclaim). Intricate situations arise when, as in the present instance, a request for security for costs is submitted by a counter-claiming respondent. [...]

172. [...] the Arbitral Tribunal concludes that there is no prevailing reason in this case to order Claimant to furnish security for costs, and that, even if circumstances that could justify such an order were present in this case, Respondent's assertion of counterclaims involving the same facts and issues as the claims would cause the Arbitral Tribunal to deny the request for security for costs”⁶¹³.

(iii) *L'offerta del ricorrente di prestare una contro-garanzia*

Se i due fattori illustrati in precedenza depongono a favore del rigetto delle istanze di *security for costs*, il fatto che il ricorrente si offra di prestare una contro-garanzia di valore identico a quella richiesta alla controparte è stato interpretato come un segnale positivo per la concessione delle suddette istanze. Le ragioni di ciò sono essenzialmente due.

In primo luogo, l'offerta del ricorrente di prestare una contro-garanzia rende più genuina l'istanza di *security for costs*, riducendo il timore che tale richiesta sia stata avanzata con intenti dilatori o al fine di ostacolare indebitamente l'accesso alla giustizia della controparte.

Inoltre, come opportunamente sottolineato da alcuni tribunali, un ordine che imponga ad ambo

⁶¹² Di questo avviso sono anche MERKIN, FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, cit., p. 150.

⁶¹³ Arbitrato ICC (no. non riportato) con sede a Ginevra, ordinanza processuale no. 4 dell'aprile 2009, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 70, § 169-172.

le parti di prestare la medesima garanzia esclude qualsiasi violazione del principio di uguaglianza delle parti, facendo così venire meno un possibile deterrente alla concessione della *cautio pro expensis*⁶¹⁴.

(iv) *La tendenza dell'attore-resistente a non adempiere alle condanne alle spese in controversie precedenti*

Un altro fattore che depone a favore della concessione di un ordine di *security for costs* è la dimostrata tendenza dell'attore-resistente a non adempiere alle condanne alle spese in precedenti controversie (siano esse arbitrali o meno). Sebbene questa circostanza non sia di per sé sufficiente a giustificare la concessione di una *cautio pro expensis*, essa può indubbiamente rientrare nella valutazione sull'opportunità di questo provvedimento quando già esistano delle circostanze eccezionali tali da giustificare – in astratto – una *security for costs*. In queste ipotesi, infatti, la condotta pregressa dell'attore può essere considerata un ulteriore sintomo del rischio di non ottenere la ripetizione delle spese arbitrali in caso di vittoria cui è esposto il convenuto.

Benché non siano note a chi scrive pronunce in arbitrati commerciali che concedano *security for costs* in ragione dell'inottemperanza dell'attore a condanne alle spese in altre controversie, esiste un importante precedente nella giurisprudenza d'investimento. Nel caso *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, infatti, il tribunale ha preso in considerazione la condotta procedurale dell'investitore in due precedenti arbitrati ICSID che si erano conclusi rispettivamente con l'estinzione del procedimento per il mancato pagamento degli anticipi ad opera di RSM Production Corporation e con una condanna di quest'ultima alle spese rimasta inadempita⁶¹⁵. Proprio sulla base di queste premesse il tribunale ha considerato che sussisteva un rischio serio per Saint Lucia di non recuperare le spese arbitrali in caso di vittoria, soddisfacendo così i requisiti per la concessione delle misure cautelari imposti dall'art. 47 della Convenzione di Washington e dall'art. 39 del Regolamento ICSID⁶¹⁶.

Al riguardo, ritengo che non vi siano valide ragioni per circoscrivere questo tipo di ragionamento ai soli arbitrati d'investimento; trattasi infatti di una valutazione di carattere generale sulla condotta pregressa dell'attore che ben potrebbe essere svolta anche negli arbitrati commerciali⁶¹⁷. Non si

⁶¹⁴ Si vedano in proposito l'arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera, lodo del 21 dicembre 1998, in *ASA Bulletin* vol. 17(1), 1999, p. 66, § 12 (“*La défenderesse ayant spontanément offert de consigner le même montant que la demanderesse, alors qu'elle réclame reconventionnellement un montant très largement inférieur à celui de la demande principale, la question du respect de l'égalité de traitement entre les parties ne se pose pas*”) e l'arbitrato ICC no. 6697 (*Casa v. Cambior*), lodo parziale del 26 dicembre 1990, in *Rev. Arb.* 1992(1), p. 145-146 (“*Le Tribunal arbitral prend également acte de l'offre faite par Cambior de constituer telle garantie équivalente à celle que le Tribunal ordonnerait à Casa de constituer, et, dans ces conditions, estime conforme à l'équité que Cambior mette en place en faveur de Casa une garantie analogue à celle de Casa en faveur de Cambior telle que décrite ci-avant*”).

⁶¹⁵ Arbitrato ICSID no. ARB/12/10, *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, Decision on the Saint Lucia's request for security for costs del 13 agosto 2014, § 77-80.

⁶¹⁶ *Id.*, § 77 e 81-82.

⁶¹⁷ Sembrano di questo avviso anche REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 411.

può tuttavia non sottolineare la difficoltà per il convenuto di soddisfare il relativo onere probatorio, se non altro dovuto alla difficoltà di reperire informazioni su controversie che coinvolgono l'attore e soggetti terzi.

(v) *La tempistica con cui è presentata l'istanza di security for costs*

Un ultimo elemento che merita di essere considerato per valutare l'opportunità di concedere o meno un'istanza di *security for costs* è la tempistica con cui il ricorrente avanza tale richiesta.

È opinione diffusa sia in dottrina che in giurisprudenza che istanze di questo tipo vadano proposte non appena il ricorrente venga a conoscenza delle circostanze che danno luogo al rischio di non ottenere il rimborso delle spese di lite⁶¹⁸. Pertanto, in assenza di un mutamento significativo sopravvenuto nel corso dell'arbitrato, il fatto che un'istanza di *security for costs* sia stata proposta in una fase avanzata del procedimento depone a favore del diniego di tale provvedimento⁶¹⁹.

La *ratio* sottostante questa attitudine è che l'ordine di prestare una garanzia per le spese di controparte si giustifica sempre meno con l'avvicinarsi dell'udienza sul merito e dell'aggiudicazione della controversia⁶²⁰. Invero, più lo stadio della procedura arbitrale è avanzato, più è legittimo l'interesse dell'attore – anche se incapiente – ad ottenere una pronuncia degli arbitri sulle proprie domande, dal momento che egli avrà già investito diverse risorse nell'arbitrato (e.g. pagando gli anticipi sui costi dell'arbitrato e le proprie spese processuali). Costringere l'attore a prestare una garanzia per le spese di controparte a questo punto della controversia significherebbe ostacolarne eccessivamente il diritto di accesso alla giustizia arbitrale dal momento che un'eventuale inottemperanza all'ordine di *security for costs* si tradurrebbe nell'estinzione di un arbitrato a lungo finanziato e nella conseguente perdita di tutte le risorse investite⁶²¹.

Peraltro, è facile intuire che la concessione di istanze di *security for costs* tardive aprirebbe le porte a possibili abusi da parte del convenuto-ricorrente che, con una richiesta di *cautio pro expensis* in una fase avanzata del procedimento, potrebbe costringere l'attore ad un accordo transattivo poco favorevole per evitare l'estinzione del procedimento arbitrale⁶²².

⁶¹⁸ Cfr., *ex multis*, WEBSTER, *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, cit., § 26-71.

⁶¹⁹ In giurisprudenza cfr. arbitrato ICC no. 8113, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 65 ss. e arbitrato ICC no. 12732, ordinanza processuale del gennaio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 62, § 10. In dottrina, cfr. Gu, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 195-196; HENDERSON, *Security for Costs in Arbitration in Singapore*, cit., p. 73; MERKIN, FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, cit., p. 149. Si vedano inoltre le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 4*, § c.

⁶²⁰ L'inopportunità di concedere una *security for costs* poco prima dell'udienza sul merito è stata di recente riconosciuta anche dalla *High Court* inglese nel caso *Diag Human SE v. The Czech Republic* [2013] EWHC 3190 (Comm), § 42(iv) del transcript ufficiale: "Apart from the possibility of suggestion that delay shows a lack of confidence in the basis of the application, the ordinary circumstance in which this arises is where an application for security is made so close to the relevant hearing that it would not be just to 'spring' a condition for payment on the Claimant, and that plainly does not arise in this case where the hearing is not till May".

⁶²¹ Si vedano al riguardo MERKIN, FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, cit., p. 149.

⁶²² Cfr., sul punto, RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 373 ("wealthy parties can use the relative poverty of their co-contractors to extort concessions,

A mio avviso non vi è dubbio che, in presenza di elementi che dimostrino le finalità abusive del ricorrente, gli arbitri dovranno rigettare l'istanza di *security for costs*. Qualora invece manchi la prova della mala fede, la proposizione dell'istanza di *cautio pro expensis* in una fase avanzata del procedimento arbitrale può essere interpretata in diversi modi. La *security for costs* potrà comunque essere concessa quando il ricorrente dimostri che il ritardo è dovuto a circostanze sopravvenute durante il procedimento arbitrale⁶²³. Qualora invece il ritardo nella proposizione dell'istanza sia attribuibile al ricorrente, gli arbitri potranno decidere, a seconda delle circostanze, se rigettare l'istanza oppure ordinare una *cautio pro expensis* ma limitatamente alle spese future, ossia quelle che verranno sostenute dal ricorrente nelle fasi processuali successive alla proposizione dell'istanza. Mi pare che – *ceteris paribus* – quest'ultima soluzione, suggerita peraltro dalle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs*⁶²⁴, sia preferibile perché permette di tutelare gli interessi di ambo le parti. Da un lato, il convenuto non è esposto al rischio di non ottenere la rifusione di tutte le spese di lite sostenute a causa del colpevole ritardo nel proporre l'istanza; dall'altro, non si ostacola eccessivamente l'accesso alla giustizia dell'attore, al quale verrebbe richiesto di prestare garanzia per un ammontare limitato.

V.C Proposta di un test di portata generale

Dall'analisi dei presupposti sopra illustrata si evince che, nonostante la prassi arbitrale abbia individuato alcuni principi di portata generale, non esiste un vero e proprio approccio universalmente accettato nell'arbitrato commerciale internazionale per decidere sulle istanze di *security for costs*. Dimostrazione ne sono le molteplici proposte formulate da autorevole dottrina che, peraltro, evidenziano non poche discrasie tra di loro⁶²⁵.

Questa Sezione si propone dunque di suggerire un test che, alla luce delle soluzioni più convincenti adottate dalla giurisprudenza, possa essere adottato dai tribunali arbitrali come punto di partenza per decidere sulle richieste di *security for costs*. Nel farlo si tenterà di conciliare i requisiti "classici" per la concessione delle misure cautelari nell'arbitrato internazionale

or breach their pacts with impunity, since both sides will be aware that the threat of security for costs could well shut the poorer side out of dispute resolution") e J. TIRADO, M. STEIN, M. SINGH, *Security for costs in international arbitration*, in *Yearbook on International Arbitration vol. III* (M. ROTH, M. GEISTLINGER ed.), Intersentia N.V., 2013, p. 165 ("An order for security may also be used to put pressure on the claimant (or counterclaimant) to settle").

⁶²³ Si vedano le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 4, § c*:

"If the application is made after significant expense has been incurred, they may consider that this unfairly disadvantages the other party and refuse the application unless there is a good reason for the delay. So, for example, if the need for security arose because a party's solvency has deteriorated during the course of the arbitration, this may be a reasonable explanation for the delay".

Di diverso avviso sono MERKIN, FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, cit., p. 149, secondo i quali un'istanza di *security for costs* si giustifica solo all'inizio del procedimento arbitrale indipendente dal fatto che sopravvengano nuove circostanze in pendenza di causa.

⁶²⁴ *Commentary on Article 4, § d*.

⁶²⁵ Cfr. REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 409 ss. con MERKIN, FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, cit., p. 149.

(competenza *prima facie*, *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e *balancing of interests*) con i presupposti “specifici” della *cautio pro expensis* analizzati poc’anzi nella Sezione V.B.

Prima di addentrarci in tale operazione giova però ricordare l’importanza di approcciare qualsiasi istanza di questo tipo con particolare cautela, poiché imporre ad una parte di prestare una garanzia per le spese di lite di controparte potrebbe rivelarsi un eccessivo ostacolo alla prosecuzione di azioni meritevoli di tutela.

Il nocciolo di ogni istanza di *security for costs* è l’esistenza di un pericolo serio ed attuale che un eventuale lodo di condanna al rimborso delle spese dell’arbitrato non sia adempiuto⁶²⁶. Spetta ovviamente al ricorrente – generalmente, come visto, il convenuto – dare prova di questo pericolo, che deve essere tale da soddisfare entrambi i profili del *periculum in mora* analizzati in precedenza⁶²⁷. Ciò significa, in altre parole, che il ricorrente deve dimostrare sia l’urgenza di ottenere un ordine di *cautio pro expensis*, il che equivale a dimostrare di non poter attendere la decisione finale sull’allocazione dei costi dell’arbitrato per ottenere tutela sul punto, sia il rischio di essere esposto a un danno serio in assenza di tale provvedimento⁶²⁸. Come sottolineato da autorevole dottrina, l’indagine di entrambi gli elementi del *periculum in mora* è centrale in qualsiasi decisione sulla *security for costs* per via della sua natura cautelare:

“Questions of urgency and irreparable harm are at the heart of any application for security for costs. It is the essence of the application that (i) the respondent faces the risk of serious or irreparable harm (ie incurring substantial expense in defending a claim only to find that any costs order made in its favour goes unfulfilled) and (ii) that it is a matter of urgency (at least that the matter cannot be left until the final determination of the dispute, because it will by then be too late)”⁶²⁹.

Benché l’indagine del rischio (serio ed attuale) di inottemperanza al lodo di condanna al rimborso delle spese sia precipua, il tribunale adito dell’istanza di *security for costs* è in precedenza chiamato a sciogliere due questioni preliminari. Innanzitutto, gli arbitri dovranno determinare se, al termine di un’analisi *prima facie*, possono considerarsi competenti a decidere sul merito della controversia, in quanto solo in caso di risposta positiva a questo interrogativo si potrà ordinare una

⁶²⁶ Al riguardo si vedano in particolar modo l’arbitrato ZCC no. 415, ordinanza processuale no. 4 del 20 novembre 2001, in *ASA Bulletin* vol. 20(3), p. 470, § 10 (“*security should only be ordered in exceptional circumstances, that is if there is a clear and present danger that a future cost award would not be enforceable*”) e l’arbitrato *Swiss Chambers’ Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportato), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 54, § 6.2.3 (che cita la pronuncia ZCC appena citata). Un *standard* probatorio più elevato è stato adottato nell’arbitrato ICC no. 13359, ordinanza processuale del febbraio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 65, § 9 in cui è stata richiesta la prova della quasi certezza (“*almost certainly*”) che il resistente non sarebbe stato in grado di adempiere alla condanna alle spese. Personalmente ritengo che questa soluzione imponga uno *standard* probatorio eccessivo.

⁶²⁷ Cfr. *supra* le n. 165-175 e il testo di riferimento.

⁶²⁸ L’importanza per il ricorrente di dimostrare l’urgenza e il rischio che si verifichi un serio danno è evidenziata, *inter alia*, nell’arbitrato ICC no. 8113, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 65 ss. e nell’arbitrato ICC no. 13070, lodo non definitivo del 2006, in WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, cit., § 28-37.

⁶²⁹ REDFERN, O’LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, cit., p. 410.

*cautio pro expensis*⁶³⁰. La seconda indagine di carattere preliminare riguarda invece l'applicazione del principio di soccombenza nell'allocatione delle spese arbitrali. Come illustrato in precedenza⁶³¹, infatti, un ordine di *security for costs*, che mira a garantire al ricorrente il recupero delle spese di lite in caso di vittoria, si giustifica se e solo se gli arbitri sono autorizzati – quantomeno in astratto – a condannare l'attore-resistente alla rifusione delle spese in caso di sconfitta. Poiché però le istanze di *security for costs* vengono normalmente proposte nelle fasi iniziali del procedimento arbitrale, il tribunale potrà limitarsi ad accertare il potere di applicare in linea teorica il principio della soccombenza, senza dover determinare se questo potere verrà poi effettivamente esercitato.

Solo una volta accertata la sussistenza di queste due condizioni preliminari, gli arbitri potranno rivolgere la propria attenzione al nocciolo della questione e dunque valutare se sussiste effettivamente un rischio (serio ed attuale) che l'attore non sia in grado di adempiere a un lodo di condanna alle spese dell'arbitrato. Secondo la giurisprudenza pressoché unanime, quest'indagine si traduce nella ricerca di una circostanza eccezionale che giustifichi la concessione della misura in esame, il che spesso coincide con un *fundamental change* verificatosi tra il momento dell'insorgere della relazione contrattuale e la proposizione dell'istanza.

Sono tre le ipotesi di *fundamental change* su cui di solito si fonda una richiesta di *security for costs*.

La più rilevante è indubbiamente il peggioramento delle condizioni patrimoniali, economiche e/o finanziarie dell'attore che, come è facile intuire, potrebbe impedirgli di adempiere ad una condanna alla ripetizione delle spese (cfr. *supra* la Sezione V.B.4). In assenza di uniformità di vedute al riguardo in dottrina e giurisprudenza, ritengo che le difficoltà dell'attore possano giustificare un ordine di *security for costs* solo quando: (i) sono (a) oggettive, (b) attuali, e (c) tali da mettere seriamente a repentaglio il rimborso delle spese di lite; (ii) fuoriescono dalla normale alea contrattuale, concetto però sufficientemente ampio da ricomprendere anche l'insolvenza e l'apertura di procedure concorsuali; (iii) producono un *fundamental change*, circostanza che si verifica quando (a) l'insolvenza è auto-indotta al fine di ostacolare il riconoscimento e l'esecuzione del lodo in caso di sconfitta; oppure (b) il deterioramento delle condizioni patrimoniali, economiche e/o finanziarie è tale da provocare una situazione di *manifest insolvency*, scenario che si verifica per esempio quando la procedura fallimentare è sospesa per mancanza di beni ovvero quando cessa l'attività produttiva dell'attore e costui versa in una situazione di sovraindebitamento; e (iv) non sono attribuibili alla condotta del ricorrente medesimo.

Un *fundamental change* può altresì avvenire quando il soggetto nei cui confronti è proposta l'istanza di *security for costs* ha posto in essere in mala fede una o più operazioni per ostacolare il riconoscimento e l'esecuzione della condanna alle spese (cfr. *supra* la Sezione V.B.3). È questo il caso in cui l'attore modifica il proprio domicilio o la propria residenza, trasferisce beni all'estero o pone in essere operazioni societarie straordinarie (quali, ad esempio, fusioni, scissioni, o

⁶³⁰ Si vedano *supra* le n. 157-158 e 197-199 e il testo di riferimento.

⁶³¹ Cfr. la Sezione V.B.1(i) *supra*.

riorganizzazioni del gruppo societario) con il solo l'intento di rendere più gravoso per il convenuto il recupero delle spese. Per contro, non rilevano le difficoltà di riconoscere ed eseguire il lodo derivanti dalla nazionalità, dalla residenza o dal domicilio dell'attore se non si sono registrati cambiamenti in mala fede (*in peius*) tra l'inizio della relazione contrattuale e la proposizione dell'istanza di *security for costs*. Tantomeno è possibile concedere una *cautio pro expensis* in ragione della nazionalità straniera dell'attore o del fatto che non sia residente o domiciliato nello Stato della Sede (cfr. *supra* la Sezione V.B.2)

Infine, un *fundamental change* può avere luogo anche quando l'attore ricorre a fondi prestati da soggetti terzi per finanziare le spese dell'arbitrato (*third-party funding*). Come illustrato nella Sezione V.B.5 *supra*, il coinvolgimento di un *third-party funder* non è di per sé sufficiente a giustificare una *security for costs*. Tuttavia, quando l'accordo di finanziamento tra l'attore e il *third-party funder* permette a quest'ultimo di determinare la strategia difensiva nell'arbitrato, oppure esclude la responsabilità del *funder* in caso di condanna dell'attore alle spese o, ancora, gli permette di recedere *ad nutum* dal contratto, si rientra nello scenario dell'*hit and run arbitration*, che è assai problematico perché il *funder* non è esposto ad alcun rischio e il convenuto non potrebbe rivalersi nei suoi confronti in caso di vittoria. Se a questa circostanza si somma anche l'insolvenza dell'attore, o comunque una situazione patrimoniale, economica e/o finanziaria oggettivamente precaria, si verifica un *fundamental change* che giustifica la concessione di una *security for costs*.

L'indagine richiesta al tribunale arbitrale non si arresta però alla valutazione delle due condizioni preliminari sopra illustrate e del rischio (serio ed attuale) che l'attore non sia in grado di adempiere a un lodo di condanna alle spese dell'arbitrato. Invero, anche qualora si accertasse l'esistenza di una circostanza eccezionale tale da giustificare la concessione di una *cautio pro expensis*, il tribunale dovrebbe interrogarsi sull'opportunità di concedere o meno tale misura⁶³². Questa valutazione richiede un bilanciamento degli interessi delle parti al fine di determinare se l'ordine di prestare una garanzia per le spese di lite del convenuto costituisce, per l'attore, un ostacolo eccessivo all'accesso alla giustizia arbitrale.

Tra le circostanze che depongono a favore della concessione della *security for costs* si segnalano:

- (i) la valutazione *prima facie* che le pretese attoree non hanno ragionevoli probabilità di accoglimento;
- (ii) l'eventuale offerta del convenuto-ricorrente di prestare una contro-garanzia per una somma identica a quella della *cautio pro expensis* richiesta; e

⁶³² Si vedano in proposito le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 4, § a*:

"Assuming that arbitrators have decided that one or more of the factors [...] are in favour of granting an order for security for costs, before proceeding to make such an order, they should consider the conduct of the party applying for security both before and during the course of the arbitration to date and all of the surrounding circumstances in order to determine whether it would be fair to require security".

(iii) la tendenza dell'attore a non adempiere alle condanne alle spese in controversie precedenti.

Sconsigliano invece di ordinare tale misura:

- (i) la valutazione *prima facie* che le pretese attoree hanno ragionevoli probabilità di essere accolte;
- (ii) il mancato pagamento ad opera del convenuto-ricorrente della propria quota di anticipi;
- (iii) il pagamento ad opera dell'attore della propria quota di anticipi;
- (iv) la proposizione ad opera del convenuto di domande riconvenzionali strettamente collegate alle domande principali; e
- (v) l'ingiustificato ritardo del convenuto-ricorrente nell'avanzare l'istanza.

VI. IL CONTENUTO DELL'ORDINE DI *SECURITY FOR COSTS*, LE CONSEGUENZE DELL'EVENTUALE INADEMPIMENTO E LE SORTI DELLA GARANZIA AL TERMINE DELL'ARBITRATO

Assumendo che il tribunale arbitrale si sia convinto dell'opportunità di ordinare una *security for costs*, restano da analizzare alcune importanti questioni di carattere pratico, a cui è dedicato il presente Capitolo.

Innanzitutto, gli arbitri dovranno stabilire il contenuto dell'ordinanza o del lodo non definitivo che concede la *security for costs*, indicando in particolar modo l'ammontare della garanzia e le modalità di prestazione della medesima (Sezione VI.A). Successivamente si dovranno individuare le conseguenze derivanti dall'eventuale inottemperanza all'ordine del tribunale che impone la prestazione di una *cautio pro expensis* (Sezione VI.B). Nel caso invece in cui la *security for costs* sia stata prestata, il tribunale dovrà stabilire – solitamente nel lodo che si pronuncia sui costi dell'arbitrato – le sorti della garanzia e l'allocazione dei costi relativi alla stessa (Sezione VI.C).

VI.A Il contenuto dell'ordinanza che concede una *security for costs*

Il primo problema che si pone per il tribunale è individuare la forma della propria decisione. Si discute infatti se sia preferibile ricorrere all'ordinanza processuale o al lodo non definitivo⁶³³, dilemma che rileva soprattutto ai fini dell'applicazione del regime della Convenzione di New York che, come noto, è applicabile ai soli lodi arbitrali. Benché entrambe le soluzioni siano ammissibili⁶³⁴, è a mio avviso preferibile optare per l'ordinanza processuale, dal momento che – negli arbitrati amministrati – questa soluzione non richiede uno scrutinio dell'istituzione arbitrale, accelerando così la tutela della parte ricorrente⁶³⁵. Questa soluzione è altresì preferibile in quanto un ordine di *security for costs* è, nella pressoché totalità dei casi, una decisione di carattere meramente processuale e dunque difficilmente le corti statali ne ammetteranno la circolazione in ragione della Convenzione di New York a prescindere dal *nomen iuris* attribuito dal collegio arbitrale alla propria decisione⁶³⁶.

Ciò premesso, è ora necessario interrogarsi sul contenuto vero e proprio dell'ordine di *security for costs*. Le questioni principali da sciogliere riguardano: (i) l'ammontare della garanzia che dovrà essere fornita dalla parte destinataria dell'ordine del tribunale; e (ii) la modalità di prestazione della garanzia.

VI.A.1 La determinazione del quantum della garanzia

Sebbene la determinazione dell'ammontare della garanzia sia un'operazione assolutamente centrale nel decidere su un'istanza di *security for costs*, l'attenzione dedicata dai legislatori nazionali

⁶³³ Cfr. BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1597.

⁶³⁴ Si veda l'art. 5(1) delle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs*.

⁶³⁵ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2506.

⁶³⁶ BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1597.

e dalle istituzioni arbitrali a questo aspetto è pressoché nulla, tant'è vero che chi scrive non è a conoscenza di alcuna previsione al riguardo, eccezion fatta per l'art. 25(2) del Regolamento LCIA. Altrettanto sorprendente è l'assenza, sia in giurisprudenza che in dottrina, di un'opinione consolidata su come gli arbitri debbano affrontare la questione.

Corollario inevitabile dell'assenza di precise indicazioni normative – e dell'assenza di una prassi arbitrale consolidata – è l'ampia discrezionalità di cui gode il tribunale arbitrale nel determinare il *quantum* della garanzia.

Il primo nodo da sciogliere è se un ordine di *security for costs* sia funzionale a garantire al ricorrente il recupero delle sole spese di difesa e di rappresentanza ovvero se possa ricomprendere anche gli anticipi versati a copertura di parte degli onorari degli arbitri, dei costi amministrativi dell'istituzione arbitrale e delle altre spese necessarie per lo svolgimento dell'arbitrato.

Secondo una teoria che potrebbe definirsi maggioritaria⁶³⁷, la *cautio pro expensis* si giustifica solo per le spese di difesa e rappresentanza in arbitrato. Nell'arbitrato *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, il tribunale ha ordinato all'investitore di prestare una garanzia bancaria a prima domanda del valore di \$ 750.000 a copertura delle spese di lite dello Stato convenuto, sostenendo che i propri onorari e costi amministrativi dell'ICSID fossero già coperti dagli anticipi versati peraltro da ambo le parti⁶³⁸. Analogo ragionamento era stato condotto diversi anni prima dalla maggioranza della *Court of Appeal* inglese nel caso *Bank Mellat* dove però, come noto, l'istanza di *security for costs* fu rigettata. In quella circostanza, Lord Justice Kerr – con l'appoggio di Lord Justice Walker – ritenne che le previsioni del Regolamento ICC relative agli anticipi⁶³⁹ fossero sufficienti a tutelare il ricorrente e, poiché di regola ciascuna parte è tenuta al pagamento di metà degli anticipi, un ordine di *security for costs* avrebbe sortito l'effetto di obbligare una parte a pagare il doppio degli anticipi, in contrasto con lo schema previsto dal Regolamento ICC⁶⁴⁰.

Un ragionamento diverso è stato invece svolto dal collegio arbitrale nel caso ICC no. 15218, dove l'ammontare della garanzia è stato circoscritto alle spese di difesa e di rappresentanza poiché il convenuto-ricorrente aveva versato volontariamente la propria quota di anticipi mentre il

⁶³⁷ L'uso del condizionale è d'obbligo vista la carenza di decisioni arbitrali pubbliche e la poca attenzione dedicata all'argomento dalla dottrina.

⁶³⁸ Arbitrato ICSID no. ARB/12/10, *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, Decision on the Saint Lucia's request for security for costs del 13 agosto 2014, § 89.

⁶³⁹ Il riferimento nel caso di specie era all'art. 9 del Regolamento ICC del 1975 (corrispondente, seppur con notevoli modifiche, all'odierno art. 37).

⁶⁴⁰ *Bank Mellat v. Helleniki Techniki S.A.* [1984] Q.B. 291, 306 D/E:

"[...] article 9 [del Regolamento ICC del 1975] envisages that the costs of the award will in the first place be borne equally between the parties, even though—as appears later on in the rules—the ultimate award of costs in favour of one of the parties should include the amount deposited by it. In the present case, however, the main item claimed by the plaintiffs by way of advance security is the deposit of \$95,000 which it has paid to the I.C.C. pursuant to article 9. This, as it seems to me, is clearly inconsistent with the even-handed scheme that the rules envisage in this regard. An order for security for costs against the defendants would have the effect of compelling them to make a double deposit of this sum, first to the I.C.C., and secondly by way of security in favour of the plaintiffs".

Regolamento ICC gli permetteva di rifiutare tale pagamento⁶⁴¹. Questa spiegazione, tuttavia, mi pare poco convincente. Come visto poc'anzi⁶⁴², infatti, il mancato pagamento della propria quota di anticipi ad opera del ricorrente depone a sfavore della concessione di un ordine di *security for costs*. Ne discende che, per limitare la garanzia alle sole spese di difesa e rappresentanza, si deve ricorrere a spiegazioni diverse, giacché altrimenti si giungerebbe alla paradossale situazione in cui se il ricorrente versa gli anticipi non avrà diritto a chiedere una *cautio pro expensis* che copra anche tale ammontare; mentre se il ricorrente omette di versare tali anticipi verosimilmente vedrà rigettata la propria istanza.

Alla tendenza appena descritta, che parrebbe essere la più diffusa, fa da contraltare l'arbitrato ZCC no. 415 che ha esteso la copertura della *security for costs* anche gli anticipi versati dal ricorrente, senza però fornire alcuna spiegazione al riguardo⁶⁴³. La *ratio* di questo tipo di scelta si può tuttavia rintracciare, a mio avviso, nella *dissenting opinion* del caso *Bank Mellat* dove, contrariamente a quanto sostenuto dalla maggioranza, Lord Justice Goff ritenne che non vi fosse alcuna inconsistenza tra lo schema dell'arbitrato ICC (che prevede il pagamento degli anticipi in parti uguali) e la *lex arbitri* inglese (che ammette la concessione di una *security for costs*)⁶⁴⁴. A sostegno della sua tesi, Lord Justice Goff aggiunse che in realtà la parte ingiunta non è tenuta al pagamento del doppio degli anticipi, ma semplicemente della sua porzione di anticipi e di una garanzia che permetta alla controparte di recuperare quanto versato a titolo di deposito⁶⁴⁵.

Mi pare che la tesi più convincente sia quella illustrata per ultimo⁶⁴⁶, che peraltro è anche quella adottata dall'ultima versione del Regolamento LCIA, il cui art. 25(2) fa riferimento sia ai "*Legal Costs*" che agli "*Arbitration Costs*"⁶⁴⁷. A mio avviso, la questione va analizzata facendo riferimento alla normale alea della relazione commerciale delle parti. Poiché il ricorso alla via arbitrale altro non

⁶⁴¹ Arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 83, § 31:

"No security seems justified for the [amount] already advanced by [Respondent] to the ICC as its share of the advance fixed by the ICC Court. [Respondent] paid this amount voluntarily, although – given [Respondent]s doubts about [Claimant]s financial situation – [Respondent] could have refused to make this advance payment. As Article 30(3) of the ICC Rules provides for such case, [Claimant] would then have been free to substitute (or [Respondent]’s share of the advance" (si noti che il riferimento all'art. 30 è alla versione del Regolamento ICC del 1998).

⁶⁴² Cfr. la Sezione V.B.6(i) *supra*.

⁶⁴³ Arbitrato ZCC no. 415, ordinanza processuale no. 4 del 20 novembre 2001, in *ASA Bulletin* vol. 20(3), p. 471, § 17:

"The costs for which security should be provided by Claimant include the cost advance made by Respondent for the arbitration costs (*i.e.* CHF 20'000.-) and the legal costs and expenses which Respondent may incur in this arbitration. In the Sole Arbitrator's view a security for Respondent's legal costs and expenses in the amount of CHF 15'000.- appears appropriate. Therefore Claimant is required to provide security for a total amount of CHF 35'000.-".

⁶⁴⁴ *Bank Mellat v. Helleniki Techniki S.A.* [1984] Q.B. 291, 312F/313B.

⁶⁴⁵ [1984] Q.B. 313B.

⁶⁴⁶ Sembrano di questo avviso anche BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1602 e GU, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 199.

⁶⁴⁷ Si vedano in proposito WADE, CLIFFORD, CLANCHY, *A Commentary to the LCIA Arbitration Rules 2014*, cit., § 25-025.

è che una componente del rapporto contrattuale su cui le parti si sono accordate in fase di negoziazione, non vi è dubbio che l'obbligo di pagare una quota degli anticipi rientri nell'alea ordinaria del contratto. Tuttavia, lo stesso non può dirsi per il rischio di non ottenere il rimborso degli anticipi dell'arbitrato in caso di vittoria (ammesso ovviamente che trovi applicazione il principio della soccombenza). Invero, quando un tribunale si convince dell'esistenza di circostanze eccezionali che giustificano la concessione di una *security for costs* e dell'opportunità di concedere questa misura, significa che il ricorrente è seriamente esposto al pericolo attuale di non recuperare le risorse investite nell'arbitrato e non vi è ragione, a mio avviso, per ritenere che in queste circostanze eccezionali – spesso caratterizzate dal verificarsi di un *fundamental change* tra la data di stipulazione del contratto e la proposizione dell'istanza di *security for costs* – sia il ricorrente a doversi assumere il rischio di non ottenere il rimborso degli anticipi versati.

Una critica che potrebbe essere mossa a questa soluzione è che se non si limitasse la *security for costs* alle spese di difesa e rappresentanza si rischierebbe di ostacolare notevolmente l'accesso alla giustizia arbitrale della parte destinataria dell'ordine di *cautio pro expensis*. Benché il diritto di accesso alla giustizia sia un fattore chiave da valutare nella decisione di qualsiasi istanza di *security for costs* – non solo con riferimento al *quantum* ma anche e soprattutto con riferimento all'*an* –, non si può comunque non osservare che le spese di difesa e rappresentanza costituiscono l'investimento di gran lunga più oneroso di un procedimento arbitrale. Questo è confermato da un recente Report dell'ICC secondo cui gli onorari degli arbitri e i dei costi amministrativi dell'ICC costituiscono in media solo il 15% dei costi dell'arbitrato, mentre le spese di difesa e rappresentanza si attestano sull'85%⁶⁴⁸.

Un'ulteriore questione su cui gli arbitri sono chiamati a pronunciarsi è se un ordine di *security for costs* debba coprire tutte le spese di lite o solo quelle che ragionevolmente dovranno essere sostenute dal ricorrente dal momento della proposizione dell'istanza fino al termine dell'arbitrato.

Nell'arbitrato ICC no. 14661 il tribunale ha ritenuto che, per sua natura, la *security for costs* dispiega i suoi effetti solo nel futuro e, come tale, non può riguardare le spese sostenute prima della proposizione dell'istanza:

“It is, however, in the nature of a security for costs to deploy its effects only in the future. Hence, in our case, the security is to be limited to the residual costs Claimant has to sustain up to the end of the arbitration proceedings [...]”⁶⁴⁹.

Questa affermazione, peraltro priva di qualsiasi giustificazione, è sconfessata da altre pronunce arbitrali, dalle quali si può desumere che l'ammontare della garanzia non si limita alle spese future⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ ICC Commission Report: *Decisions on Costs in International Arbitration*, cit., p. 3, § 2.

⁶⁴⁹ Arbitrato ICC no. 14661, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 74, § 8.

⁶⁵⁰ Cfr. arbitrato ZCC no. 415, ordinanza processuale no. 4 del 20 novembre 2001, in *ASA Bulletin* vol. 20(3), p. 471, § 17 (citato sopra in n. 643) e arbitrato ICSID no. ARB/12/10, *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, Decision on the Saint Lucia's request for security for costs del 13 agosto 2014, § 89. Anche nell'arbitrato ICC no. 6697 (*Casa*

A mio avviso sarebbe inopportuno limitare tutti gli ordini di *security for costs* alle spese future. Questa soluzione si giustifica semmai in circostanze eccezionali, come ad esempio il ritardo colpevole del ricorrente nel presentare l'istanza⁶⁵¹. Analoga soluzione è stata adottata dal tribunale nel caso ICC no. 14020, dove la richiesta di *cautio pro expensis* è stata accolta solo parzialmente proprio perché le ragioni poste a fondamento dell'istanza avrebbero dovuto essere note al ricorrente in precedenza⁶⁵².

Appurato che un ordine di *security for costs* può, in linea di principio, assicurare al ricorrente il rimborso di tutte le spese sostenute per difendersi nell'arbitrato, ivi inclusi gli anticipi e le spese sostenute prima della proposizione dell'istanza, resta da interrogarsi su come gli arbitri debbano esercitare il proprio potere discrezionale nel determinare l'esatto ammontare della garanzia, individuando ovviamente come tetto massimo la cifra indicata dal ricorrente nell'istanza⁶⁵³.

Nessuna difficoltà sorge per le spese già sostenute e gli anticipi già versati. Più complesso, invece, è determinare le spese di difesa e rappresentanza che dovranno essere sostenute fino al termine della procedura e gli eventuali ulteriori anticipi che si renderanno necessari. Nonostante alcuni tribunali abbiano adottato una soluzione puramente forfettaria⁶⁵⁴, ritengo più opportuno tentare di stimare un ammontare che possa verosimilmente corrispondere agli esborsi che dovrà sostenere il ricorrente, anche per evitare ostacolarne oltremodo l'accesso all'arbitrato della parte destinataria della misura⁶⁵⁵. Nell'effettuare questa operazione potranno considerarsi i seguenti fattori: (i) la natura e complessità della controversia; (ii) il valore della controversia; (iii) lo stadio della procedura in cui viene ordinata la prestazione della garanzia; (iv) le spese sostenute fino al momento della proposizione dell'istanza; e (v) il tempo stimato necessario per portare a termine l'arbitrato⁶⁵⁶. Una valutazione di questi elementi dovrebbe permettere di stabilire se la richiesta

v. *Cambior*), lodo parziale del 26 dicembre 1990, in *Rev. Arb.* 1992(1), p. 145, dove il *quantum* della garanzia è stato stabilito forfettariamente, non vi alcun cenno alla limitazione ai costi futuri.

⁶⁵¹ Cfr. le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 4*, § d. Si veda inoltre la Sezione V.B.6(v) *supra*.

⁶⁵² Arbitrato ICC no. 14020, ordinanza processuale del novembre 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 69, § 15-16:

"15. [...] Of the GBP 47,500.00 originally sought by Respondent by way of security, GBP 21,366.36 was sought in respect of costs incurred prior to its request, and GBP 26,214.27 in respect of future estimated costs. In light of Respondents letter of ..., the security sought in respect of estimated future costs is increased by GBP 5,000.00 to GBP 31,214.27.

16. The Arbitrator notes that many of the grounds for seeking security were known to or should have been known to the Respondent at an earlier stage in these proceedings. Under the circumstances, the Arbitrator does not consider it appropriate to grant security for these previously incurred costs".

⁶⁵³ *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 5, Paragraph 2*, § b.

⁶⁵⁴ Cfr. arbitrato ICC no. 6697 (*Casa v. Cambior*), lodo parziale del 26 dicembre 1990, in *Rev. Arb.* 1992(1), p. 145.

⁶⁵⁵ RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 320.

⁶⁵⁶ Si vedano in proposito BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1602. Cfr. inoltre le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 5, Paragraph 2*, § a.

avanzata dal ricorrente è ragionevole, oppure se – e in che misura – deve essere rivista al ribasso.

Nei casi in cui il tribunale reputi complicato effettuare una stima complessiva delle spese che il ricorrente dovrà affrontare per portare a termine l'arbitrato, si potrà frazionare l'ordine di *security for costs* imponendo alla parte destinataria della misura di fornire una garanzia di ammontare modesto a copertura delle fasi processuali prossime, e lasciando al ricorrente la possibilità di rinnovare la propria istanza per le ulteriori fasi processuali in un momento successivo⁶⁵⁷. Se questa istanza è effettivamente ripresentata, il tribunale dovrà limitarsi a determinare l'ammontare dell'ulteriore garanzia, senza riconsiderare se ricorrono i presupposti per la concessione della *cautio pro expensis*, a meno che, chiaramente, le parti non alleghino un cambiamento delle circostanze tra la data del primo ordine e la riproposizione dell'istanza⁶⁵⁸.

VI.A.2 Le modalità di prestazione della security for costs

Un'altra questione che solitamente viene determinata dagli arbitri nell'ordine di *security for costs* è la forma in cui la parte destinataria dell'ordine debba fornire la garanzia richiesta.

L'analisi della giurisprudenza arbitrale mostra che sono due le soluzioni preferite dagli arbitri: il deposito su un conto corrente bancario appositamente aperto dall'istituzione arbitrale che amministra la controversia (ovvero dal tribunale negli arbitrati *ad hoc*)⁶⁵⁹ e la prestazione di una garanzia bancaria rilasciata a favore del ricorrente⁶⁶⁰. Ciò non significa che altre forme di garanzia non siano ammissibili. L'art. 25(2) del Regolamento LCIA, per esempio, stabilisce che gli arbitri possono ordinare la prestazione di una garanzia "*by way of deposit or bank guarantee or in any other manner and upon such terms as the Arbitral Tribunal considers appropriate in the circumstances*". Di questo avviso è anche la dottrina, che suggerisce dei metodi alternativi, tra cui: la garanzia rilasciata da una società controllante⁶⁶¹, la costituzione di diritti reali di garanzia su beni

⁶⁵⁷ *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 5, Paragraph 3*, § c. Si vedano anche BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1604.

⁶⁵⁸ *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 5, Paragraph 3*, § c.

⁶⁵⁹ Questa soluzione è stata adottata nell'arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera, lodo del 21 dicembre 1998, in *ASA Bulletin* vol. 17(1), 1999, p. 66-67, § 14 e primo paragrafo del dispositivo; nell'arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 83, § 34(b) e nell'arbitrato ZCC no. 415, ordinanza processuale no. 4 del 20 novembre 2001, in *ASA Bulletin* vol. 20(3), p. 471, § 18 (che però lascia alla parte ingiunta la possibilità di scegliere tra il bonifico su un conto corrente e la prestazione di una garanzia bancaria irrevocabile a prima domanda (id., §19)).

⁶⁶⁰ Cfr. l'arbitrato ICC no. 6697 (*Casa v. Cambior*), lodo parziale del 26 dicembre 1990, in *Rev. Arb.* 1992(1), p. 145; l'arbitrato ICC no. 14661, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 75, § 10; e l'arbitrato ZCC no. 415, ordinanza processuale no. 4 del 20 novembre 2001, in *ASA Bulletin* vol. 20(3), p. 471-472, § 19. Si veda inoltre l'arbitrato ICSID no. ARB/12/10, *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, Decision on the Saint Lucia's request for security for costs del 13 agosto 2014, § 90(i).

⁶⁶¹ M. COLLETT QC, *Maritime Arbitration*, in *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland* (J. D. M. LEW QC, H. BOR ET AL. ed.), Kluwer Law International, 2013, § 8-29; HENDERSON, *Security for Costs in Arbitration in Singapore*, cit., p. 75.

mobili o immobili⁶⁶², la *letter of undertaking*⁶⁶³ e infine, ma questa soluzione vale solo per l'ordinamento inglese, il c.d. "*solicitors' undertaking*"⁶⁶⁴.

Quando gli arbitri optano per il deposito su un conto bancario, l'ordine dovrà specificare, oltre ovviamente al termine entro cui effettuare il versamento e al suo ammontare, le coordinate bancarie su cui effettuare il bonifico. Il vantaggio che presenta questa soluzione è che l'istituzione arbitrale (o il tribunale negli arbitrati *ad hoc*) potrà verificare in prima persona che il bonifico è stato ricevuto⁶⁶⁵. Tuttavia, non di rado gli arbitri preferiscono evitare di dover gestire le somme versate dalle parti (ad eccezione di quelle necessarie a coprire gli onorari e le spese del tribunale). Il deposito su conto corrente presenta un ulteriore problema in quanto i fondi versati potrebbero rientrare nella massa fallimentare in seguito ad un'eventuale apertura del fallimento⁶⁶⁶.

Delle informazioni maggiori sono richieste invece nei casi in cui gli arbitri impongano la prestazione di una garanzia bancaria rilasciata a favore del ricorrente. Invero, oltre che alla somma della garanzia e al termine ultimo per ottenerne il rilascio, si dovrà stabilire la forma della garanzia medesima. Questo richiede, *inter alia*, di determinare: (i) se la garanzia deve essere irrevocabile o meno⁶⁶⁷; (ii) se si deve trattare di una garanzia a prima richiesta⁶⁶⁸; (iii) a quali condizioni potrà essere escussa la garanzia⁶⁶⁹; (iv) quale banca deve rilasciare la garanzia⁶⁷⁰; e (v) la data di scadenza della garanzia medesima⁶⁷¹.

⁶⁶² RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, cit., p. 320 che parla di "*liens on property*"; HENDERSON, *Security for Costs in Arbitration in Singapore*, cit., p. 75 che fa riferimento a "*fixed or floating charge over assets*".

⁶⁶³ MERKIN, FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, cit., p. 151 citano il caso *Wealcan Enterprises Inc. v. Banque Algerienne DU Commerce Exterieur S.A.* [2012] EWHC 4151 (Comm).

⁶⁶⁴ COLLETT QC, *Maritime Arbitration*, in *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland* (J. D. M. LEW QC, H. BOR ET AL. ed.), cit., § 8-29; TWEEDDALE, TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, cit., § 23.40.

⁶⁶⁵ KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 349.

⁶⁶⁶ *Id.*, p. 350.

⁶⁶⁷ Una garanzia irrevocabile è stata richiesta nell'arbitrato ICSID no. ARB/12/10, *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, Decision on the Saint Lucia's request for security for costs del 13 agosto 2014, § 90(i) ed è stata proposta come alternativa al deposito su un conto corrente bancario nell'arbitrato ZCC no. 415, ordinanza processuale no. 4 del 20 novembre 2001, in *ASA Bulletin* vol. 20(3), p. 471-472, § 19.

⁶⁶⁸ *Id.*, § 19.

⁶⁶⁹ Cfr. l'arbitrato ICC no. 6697 (*Casa v. Cambior*), lodo parziale del 26 dicembre 1990, in *Rev. Arb.* 1992(1), p. 145, secondo cui: "*Cette garantie sera appellable si une partie ne rembourse pas à l'autre, dans les quinze jours où la demande lui en sera faite, les frais d'arbitrage que le Tribunal arbitral l'aura condamnée à rembourser dans sa sentence finale et dans la limite de cette condamnation*".

⁶⁷⁰ Si veda, a titolo esemplificativo, l'arbitrato ZCC no. 415, ordinanza processuale no. 4 del 20 novembre 2001, in *ASA Bulletin* vol. 20(3), p. 471-472, § 19 in cui il tribunale ha richiesto che la garanzia fosse rilasciata da un "*reputable Swiss bank*".

⁶⁷¹ Come giustamente osservato da KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 350 l'imprevedibilità della durata del procedimento arbitrale fa sì che sia pericoloso stabilire una data di scadenza della garanzia; tuttavia, d'altro lato, una banca difficilmente si obbligherà per un tempo indeterminato specialmente se si considera che il destinatario di un ordine di *security for costs* (per conto del quale viene rilasciata la garanzia) è spesso incapiente, se non insolvente. Per ovviare a questo problema gli autori suggeriscono una formulazione della garanzia bancaria assai sofisticata (*Id.*, p. 350-351).

A mio parere, la soluzione migliore è quella adottata dall'arbitrato ZCC no. 415 che lascia decidere al destinatario della misura tra il deposito su un conto corrente e la prestazione di una garanzia bancaria. In alternativa, quando le parti dimostrano di essere particolarmente collaborative, il tribunale potrebbe decidere di astenersi dallo stabilire la forma della *security for costs* nella propria ordinanza (o lodo non definitivo), lasciando alle parti un termine per trovare un accordo sul punto⁶⁷². Ovviamente, nel caso in cui le parti non fossero in grado di trovare un accordo nel termine stabilito, il tribunale dovrà intervenire ed esercitare la propria autorità determinando la forma della garanzia⁶⁷³.

VI.B Le conseguenze dell'inottemperanza a un ordine di *security for costs*

Come varie volte accennato nel corso di questo scritto, a differenza di ciò che avviene per le altre misure cautelari, è il tribunale arbitrale a sanzionare la mancata prestazione di una *cautio pro expensis*. Solitamente questa sanzione consiste nella sospensione o nell'estinzione del procedimento⁶⁷⁴.

Quanto alla sospensione – che in alcuni casi viene decretata già nell'ordinanza (o nel lodo non definitivo) con cui viene concessa la *security for costs*, almeno fino al giorno in cui è prestata la garanzia richiesta⁶⁷⁵ –, è facile intuire che si tratta di un rimedio solo parzialmente soddisfacente, se non altro perché può essere una soluzione solo temporanea. Una sospensione dell'arbitrato a tempo indeterminato condurrebbe infatti a una situazione paradossale di stallo in cui la controversia, pur essendo pendente, non incede, mentre l'ordine di sospensione dell'arbitrato non è impugnabile dinnanzi ai giudici della sede⁶⁷⁶. È proprio per ovviare a questa situazione che il legislatore inglese ha stabilito che, nei casi di inottemperanza a un ordine di *security for costs*, il ricorrente può rivolgersi nuovamente al tribunale per ottenere un "*peremptory order*" ai sensi della sezione 41(5) dell'*Arbitration Act 1996*. Nel caso poi di inadempimento anche del *peremptory order*, il tribunale potrà rigettare le pretese avanzate dalla parte destinataria di tale provvedimento ai sensi della sezione 41(6) dell'*Arbitration Act 1996*⁶⁷⁷.

⁶⁷² *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Article 5(ii)*.

⁶⁷³ *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Article 5(iii)*.

⁶⁷⁴ Cfr. l'arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 83, § 34(e).

⁶⁷⁵ L. MUSTILL, S. C. BOYD, *Commercial Arbitration (2001 Companion Volume to the Second Edition)*, 2° ed., Butterworths, 2001, p. 313.

⁶⁷⁶ Si veda il *Departmental Advisory Committee on Arbitration Law 1996 Report on the Arbitration Bill*, § 198 citato in *Russell on Arbitration* (D. S. J. SUTTON, J. GILL QC, M. GEARING QC ed.), cit., § A2-041 (a p. 676):

“Whilst the sanction in court for a failure to provide security for costs is normally a stay of the action, this is inappropriate in arbitration: if an arbitrator stayed the proceedings, the arbitration would come to a halt without there necessarily being an award which could be challenged [...]”.

Cfr. anche MERKIN, FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, cit., p. 151.

⁶⁷⁷ In proposito si vedano *Russell on Arbitration* (D. S. J. SUTTON, J. GILL QC, M. GEARING QC ed.), cit., § 5-187; MERKIN, FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, cit., p. 151; TWEEDDALE, TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, cit., § 23.46.

Se la sospensione può essere solo una soluzione temporanea, non meno problemi presenta l'estinzione del procedimento arbitrale. Questo rimedio richiede infatti di determinare gli effetti dell'ordinanza o del lodo con cui si dichiara estinto l'arbitrato.

Secondo la dottrina maggioritaria, l'unica soluzione soddisfacente nel contesto arbitrale è che la pronuncia di estinzione abbia autorità di cosa giudicata. Diversamente, infatti, l'attore potrebbe riproporre le medesime pretese all'infinito in nuovi procedimenti arbitrali, esponendo così il convenuto ad un continuo obbligo di difendersi – senza peraltro la sicurezza di recuperare le spese di lite –, nonché al rischio di dover scendere a compromessi, quali, ad esempio, accettare un accordo transattivo poco favorevole per evitare la riproposizione delle stesse domande⁶⁷⁸.

Benché questa soluzione presenti certamente dei vantaggi, aumentando la certezza della relazione giuridica che intercorre tra le parti ed evitando che l'arbitrato divenga uno strumento per perpetrare un abuso, non mi pare interamente condivisibile. Invero, ritengo che non si possa attribuire autorità di *res judicata* indistintamente a qualsiasi pronuncia che dichiari estinto un arbitrato per l'inottemperanza a un ordine di *security for costs*.

La determinazione degli effetti di questa pronuncia non spetta al tribunale che la emette ma all'organo giudicante adito della medesima controversia in un secondo momento, al quale è verosimile che il convenuto richieda di accertare l'autorità di cosa giudicata dell'ordinanza o del lodo con cui il precedente arbitrato è stato dichiarato estinto.

A mio avviso la questione va risolta caso per caso sulla base delle previsioni dettate dalla *lex arbitri* applicabile nell'arbitrato estinto, nonché eventualmente sulla base della convenzione d'arbitrato o del regolamento arbitrale da essa richiamato. Sfortunatamente, però, molti regolamenti arbitrali – anche tra quelli che disciplinano la *security for costs* – omettono di disciplinare le conseguenze del provvedimento che estingue il procedimento arbitrale in seguito all'inottemperanza a un ordine di *security for costs*.

Una conseguenza diversa sia dalla sospensione che dall'estinzione del procedimento arbitrale è il rigetto, mediante lodo, delle domande proposte della parte inadempiente all'ordine di *security for costs*. In queste ipotesi è chiaro che la decisione degli arbitri avrà efficacia di *res judicata*. Si deve però escludere che il potere di ricorrere a questa soluzione sia insito nel mandato di qualsiasi tribunale arbitrale. Al contrario, è solo quando la *lex arbitri* o l'accordo delle parti ammettono questa soluzione che gli arbitri potranno rigettare le pretese della parte inadempiente⁶⁷⁹. Ciò avviene negli arbitrati con sede in Inghilterra, in ragione della sezione 41 dell'*Arbitration Act 1996*, nonché negli arbitrati LCIA e SCC, indipendentemente dalla sede dell'arbitrato⁶⁸⁰. Giova comunque

⁶⁷⁸ KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, cit., p. 351-352; GU, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, cit., p. 200.

⁶⁷⁹ Sono di questo avviso anche BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., § 1605.

⁶⁸⁰ L'art. 25(2) del Regolamento LCIA dispone che "*In the event that a claiming or cross-claiming party does not comply with any order to provide security, the Arbitral Tribunal may stay that party's claims or cross-claims or dismiss them by an award*". Un'analogia formulazione si rinviene nell'art. 38(3) del Regolamento SCC: "*If a party*

sottolineare che, data la rilevanza delle conseguenze derivanti da un lodo di rigetto delle domande proposte della parte inadempiente (anche in termini di costrizione del diritto di accesso alla giustizia arbitrale), tale potere viene esercitato, a mio avviso giustamente, con estrema cautela dai tribunali arbitrali⁶⁸¹.

VI.C Le sorti della *security for costs* e l'allocazione dei relativi costi

L'ultima questione da affrontare riguarda le sorti della *security for costs* al termine del procedimento arbitrale, incombenza cui solitamente i tribunali adempiono con il lodo che si pronuncia sull'allocazione dei costi dell'arbitrato, che spesso coincide con il lodo finale⁶⁸².

In generale, quando la parte che ha prestato la *cautio pro expensis* è condannata al pagamento delle spese arbitrali, il tribunale autorizzerà la parte vincitrice ad escutere – in tutto o in parte – la garanzia bancaria ovvero inviterà l'istituzione arbitrale incaricata di amministrare il procedimento a trasferire alla parte vincitrice i fondi versati dalla controparte a titolo di *cautio pro expensis*⁶⁸³. Per contro, qualora gli arbitri optino per la compensazione delle spese o per la condanna alle stesse della parte che aveva richiesto la *security for costs*, il tribunale disporrà il rilascio della garanzia oppure la restituzione della somma versata a titolo di *security for costs*⁶⁸⁴.

Contestualmente alla decisione sulle sorti della *security for costs*, il tribunale è altresì chiamato ad allocare tra le parti: (i) i costi relativi alla sotto-fase processuale dedicata all'istanza di *security for costs*; e (ii) i costi derivanti dall'adempimento dell'ordine di *security for costs* (e.g. spese accessorie per ottenere il rilascio della garanzia bancaria o mancati interessi sulla somma versata sul conto corrente aperto dall'istituzione arbitrale).

fails to comply with an order to provide security, the Arbitral Tribunal may stay or dismiss the party's claims in whole or in part".

⁶⁸¹ *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 5, Paragraph 3, § e.* Con riferimento all'arbitrato LCIA, cfr. SCHERER, RICHMAN, GERBAY, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules – A User's Guide*, cit., p. 271 e TURNER, MOHTASHAMI, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, cit., § 6.156 ("A tribunal would be wise to think twice before using this power in an arbitration with its seat outside England and Wales").

⁶⁸² Cfr. l'art. 6 delle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs*.

⁶⁸³ In questo senso, arbitrato ICC (no. non riportato) con sede in Svizzera (*Attore, società libanese c. Convenuto, società tedesca*), lodo finale del 20 aprile 2009, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 46-47, § 177:

"[...] the Arbitral Tribunal:

[...]

(4) Decides to order Claimant to reimburse and pay to Respondent CHF 000,000.85 on account of Respondent's legal and other costs incurred in the arbitration. Consequently, decides to release the security for costs of USD 150,000.00 and to transfer this amount to a bank account to be designated by Respondent to the Sole Arbitrator within 20 days from the receipt of this final Award. Furthermore, declares that on the date of receipt of those USD 150,000.00, they shall be credited to the amount of CHF 000,000.85 so that those CHF 000,000.85 shall reduce by USD 150,000.00 (to be converted into Swiss francs at the conversion rate applicable on the date of receipt on Respondent's account)".

⁶⁸⁴ BERGER, *Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law*, cit., p. 14. Si vedano inoltre le *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, Commentary on Article 6*.

Quanto alla prima voce di costo, la tendenza dei tribunali arbitrali è di non pronunciarsi sui costi della sotto-fase processuale dedicata alla *cautio pro expensis* nell'ordinanza o nel lodo non definitivo che concedono tale misura, rimandando ogni statuizione al riguardo fino al lodo finale. Questa soluzione, peraltro suggerita dalle *Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs*⁶⁸⁵, si fa preferire perché permette al tribunale di pronunciarsi sul punto dopo aver deciso il merito della controversia e determinato se trovi o meno applicazione il principio di soccombenza.

Per quanto riguarda nello specifico le modalità di allocazione di questi costi, ritengo che quando la parte che ha richiesto (ed ottenuto) la *cautio pro expensis* prevale nel merito della controversia e la controparte è condannata a rimborsare le spese di lite, sarà quest'ultima a dover sopportare i costi relativi alla sotto-fase processuale dedicata alla *security for costs*. Più complesso è invece lo scenario in cui gli arbitri decidono di compensare le spese o condannare alle stesse la parte che aveva richiesto la *security for costs*. In queste ipotesi, infatti, la *security for costs* si è rivelata inutile, il che potrebbe indurre a ritenere che sia la parte che ha proposto l'istanza a dover sopportare i costi della relativa sotto-fase processuale. Tuttavia, se l'istanza era stata originariamente concessa dagli arbitri è perché costoro si erano convinti che le domande proposte dal ricorrente avevano ragionevoli probabilità di successo (*fumus boni iuris*⁶⁸⁶) e che il ricorrente correva un pericolo serio ed attuale di non ottenere il rimborso delle spese di lite. Pertanto, poiché nemmeno il tribunale era stato in grado di prevedere i successivi risvolti della controversia potrebbe anche giustificarsi una compensazione dei costi relativi alla sotto-fase processuale dedicata alla *security for costs*. Per quanto attiene infine all'allocazione dei costi relativi all'adempimento dell'ordine di *security for costs*, questi dovranno essere sopportati dalla parte destinataria della misura se nel lodo finale essa è stata condannata alle spese e dunque la controparte vincitrice è stata autorizzata ad escutere la garanzia. Diversamente, se la parte condannata a prestare la *cautio pro expensis* ha prevalso nell'arbitrato o comunque il tribunale non ha deciso di condannarla alla ripetizione delle spese di controparte – con il risultato che la *security for costs* si è rivelata inutile – ritengo che ricorrano gli estremi per condannare la parte che aveva richiesto ed ottenuto la garanzia a rimborsare i costi in esame (o quantomeno per compensare le spese tra le parti). Al riguardo si segnala che negli arbitrati LCIA il tribunale può, contestualmente all'ordine di *security for costs*, ordinare al ricorrente di prestare una contro-garanzia a copertura dei costi necessari alla controparte per adempiere all'ordine di *security for costs*⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ *Commentary on Article 5, Paragraph 2, § d.*

⁶⁸⁶ Cfr. *supra* la Sezione V.B.1(ii).

⁶⁸⁷ Art. 25(2) del Regolamento LCIA:

“The Arbitral Tribunal shall have the power upon the application of a party [...] to order any claiming or cross-claiming party to provide or procure security for Legal Costs and Arbitration Costs by way of deposit or bank guarantee or in any other manner and upon such terms as the Arbitral Tribunal considers appropriate in the circumstances. Such terms may include the provision by that other party of a cross-indemnity, itself secured in such manner as the Arbitral Tribunal considers appropriate, for any costs and losses incurred by such claimant or cross-claimant in complying with the Arbitral Tribunal's order. [...]”.

VII. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

In questo elaborato si è tentato di illustrare le peculiarità della *security for costs* e di analizzare le numerose problematiche che si presentano per l'organo giudicante adito (sia esso un giudice nazionale o un tribunale arbitrale) e per le parti del procedimento arbitrale quando viene presentata un'istanza di *cautio pro expensis*.

Dall'indagine condotta in questo elaborato emerge chiaramente che la *security for costs* è uno strumento processuale tanto importante e decisivo, quanto delicato. Da un lato, un ordine di *security for costs* mette il ricorrente (generalmente il convento, ma in alcuni casi anche l'attore in riconvenzionale) al riparo dal rischio di ottenere una vittoria pirrica in cui pur avendo prevalso nel procedimento arbitrale non potrà ottenere il rimborso delle spese di lite. Inoltre questo provvedimento rende effettivo il principio della soccombenza, dissuadendo azioni temerarie o comunque di improbabile successo, in ossequio al principio dell'economia processuale. D'altro lato, però, la *cautio pro expensis* mette potenzialmente a repentaglio il diritto di accesso alla giustizia arbitrale della parte destinataria di tale misura, dal momento che la mancata prestazione della garanzia per le spese di lite di controparte può comportare la sospensione del procedimento arbitrale, la sua estinzione o, addirittura il rigetto delle domande presentate dalla parte inadempiente.

Proprio per questo motivo l'organo giudicante adito è chiamato ad affrontare le istanze di *security for costs* con la debita cautela, concedendo questa misura solo in circostanze eccezionali

Nonostante l'importanza e la delicatezza di questo istituto – cui viene sovente attribuita natura cautelare, seppur con determinate peculiarità –, sono pochi gli ordinamenti nazionali che, ad oggi, disciplinano la *security for costs* nella propria *lex arbitri*. In alcuni sistemi giuridici, peraltro, questo istituto è ignoto anche nel diritto processuale civile, il che ha storicamente creato non pochi ostacoli all'accettazione della *security for costs* nel panorama arbitrale internazionale, dove originariamente era vista come un'idiosincrasia del diritto inglese.

Sebbene siano ancora pochi i legislatori nazionali che hanno mostrato interesse per questa misura, negli ultimi anni il mondo dell'arbitrato (istituzioni arbitrali, collegi arbitrali e studiosi) ha invece reagito positivamente alla ribalta della *security for costs*. Se, da un lato, i tribunali arbitrali hanno abbandonato lo scetticismo nei confronti di questo provvedimento – pur mantenendo comunque una condivisibile cautela tale per cui le istanze di *cautio pro expensis* vengono concesse solo in circostanze eccezionali –; dall'altro, le recenti riforme di alcuni dei principali regolamenti arbitrali (LCIA, SCC, SIAC, HKIAC e CEPANI) hanno introdotto un'apposita disciplina di questo istituto, sebbene talvolta ancora in maniera embrionale.

È a mio avviso auspicabile che questo sia solo l'inizio di una tendenza che si spera coinvolgerà sia altre istituzioni arbitrali (su tutte l'ICC e l'UNCITRAL) e i legislatori nazionali. Un impulso importante in tal senso potrebbe venire da un aggiornamento dell'art. 17 della Legge Modello UNCITRAL, in cui

sarebbe a mio avviso opportuno aggiungere una disciplina *ad hoc* della *security for costs*.

Una “codificazione” della *security for costs* dovrebbe permettere di fare chiarezza su alcune delle problematiche analizzate in questo scritto. In particolare, sarebbe opportuno che, con riferimento alla competenza a decidere sulle istanze di *cautio pro expensis* nel corso di un arbitrato commerciale internazionale, tanto le *leges arbitri* quanto i regolamenti d’arbitrato stabiliscano la competenza esclusiva degli arbitri, riservando alle parti tutt’al più la possibilità di derogare a tale disciplina. Come illustrato in questo elaborato, infatti, il ricorso ai giudici togati per ottenere una garanzia per le spese dell’arbitrato si giustifica solo nelle rare ipotesi in cui l’arbitrato si svolge in un ordinamento che impedisce agli arbitri di ordinare provvedimenti cautelari o in cui le parti hanno imposto dei limiti *ratione materiae* ai poteri interinali degli arbitri. Peraltro, la soluzione qui suggerita eviterebbe anche ingerenze potenzialmente dannose dell’autorità giudiziaria nei procedimenti arbitrali, ottimizzando l’efficienza della giustizia arbitrale.

Per quanto attiene invece ai presupposti per la concessione della *security for costs*, l’adozione di previsioni più dettagliate nelle leggi nazionali sull’arbitrato e soprattutto nei regolamenti arbitrali permetterebbe di indirizzare in maniera più omogenea il potere degli arbitri, il che garantirebbe maggior uniformità e prevedibilità, rispondendo così alle esigenze degli operatori del commercio internazionale. In questo senso, l’art. 38(2) del regolamento SCC⁶⁸⁸ costituisce a mio avviso un modello dal quale si potrebbe prendere spunto poiché, senza vincolare eccessivamente gli arbitri nell’esercizio del proprio potere, detta alcune importanti criteri da seguire nel decidere se concedere o meno un’istanza di *cautio pro expensis*. In assenza di specifiche indicazioni nella *lex arbitri* e nel regolamento d’arbitrato applicabile (e altresì di un approccio riconosciuto universalmente dalla giurisprudenza arbitrale), la Sezione V.C suggerisce una metodologia che, alla luce delle soluzioni più convincenti adottate dalla giurisprudenza analizzata nel presente elaborato, possa essere adottato dai collegi arbitrali come punto di partenza per decidere sulle richieste di *security for costs*.

Un ultimo importante aspetto che necessita di regolamentazione sono gli effetti di un eventuale inottemperanza all’ordine di *security for costs*. Salvo rarissime ipotesi – si pensi alla sezione 41 dell’*Arbitration Act 1996* e agli art. 25(2) del Regolamento LCIA e 38(3) del Regolamento SCC –, non sono chiare le conseguenze derivanti dalla mancata prestazione della garanzia. In particolare, considerato che la sospensione dell’arbitrato è una soluzione necessariamente di carattere temporaneo, è importante che i legislatori nazionali e le istituzioni arbitrali stabiliscano se l’estinzione del procedimento arbitrale, che spesso si verifica in questi casi, abbia o meno efficacia di *res judicata*.

Da ultimo, una menzione speciale va dedicata alle gli arbitrati internazionale che si svolgono in Italia. Il presente scritto evidenzia che né la dichiarazione d’incostituzionalità dell’art. 98 c.p.c., né l’art. 818 c.p.c. costituiscono ostacoli insuperabili per la concessione di *security for costs*. A mio parere, infatti, le valutazioni svolte dalla Corte Costituzionale nella sentenza no. 67 del 1960 non

⁶⁸⁸ Si veda *supra* la n. 484.

possono essere importate nel panorama arbitrale e l'art. 818 c.p.c. ha natura derogabile, il che permette anche ai collegi arbitrali italiani di concedere *security for costs* a condizione che le parti abbiano espressamente attribuito poteri cautelari agli arbitri ovvero abbiano richiamato nella convenzione d'arbitrato un regolamento istituzionale che attribuisce espressamente ai giudici non togati il potere di concedere *security for costs* o, più in generale, il potere di concedere tutela d'urgenza.

BIBLIOGRAFIA

Manuali, trattati, commentari ed articoli

- AA.VV., *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland* (J. D. M. LEW QC, H. BOR ET AL. ed.), Kluwer Law International, 2013
- AA. VV., *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (K.-H. BÖCKSTIEGEL, S. M. KRÖLL ET AL. ed.), 2° ed., Kluwer Law International, 2015
- AA. VV., *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (M. ARROYO ed.), Kluwer Law International, 2013
- AA. VV., *Arbitrato: Titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-840* (F. CARPI ed.), 3° ed., Zanichelli, 2016
- AA. VV., *Asian Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (M. C. PRYLES, J. MICHAEL ed.), JurisNet, LLC, 2007
- AA. VV., *Austrian Yearbook on International Arbitration 2017* (C. KLAUSEGGER, P. KLEIN, ET AL. ed.), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2017
- AA. VV., *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale* (M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO ed.), 2°ed., CEDAM (in corso di pubblicazione)
- AA. VV., *Commentario del Codice di procedura civile, vol. VII, tomo quarto: articoli 796-840* (diretto da L. P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA), UTET, 2014
- AA. VV., *Conflict of Laws and International Arbitration* (F. FERRARI, S. KRÖLL ed.), sellier. european law publishers, 2011
- AA. VV., *Dell'arbitrato* (R. VACCARELLA, G. VERDE ed.), UTET, 1997
- AA. VV., *Diritto dell'arbitrato* (G. VERDE ed.), 3° ed., Giappichelli, 2005
- AA.VV., *Interim Measures in International Arbitration* (L. W. NEWMAN, C. ONG ed.), JurisNet, LLC, 2014
- AA. VV., *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners* (E. GEISINGER, N. VOSER ed.), 2° ed., Kluwer Law International, 2013
- AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato* (S. MENCHINI ed.), CEDAM, 2010
- AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato – Commentario* (A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO ed.), Giuffrè, 1994
- AA. VV., *Legge 5 gennaio 1994, n. 25* (G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI ed.), CEDAM, 1995
- AA. VV., *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement no. 49* (J. PAULSSON, L. BOSMAN ed.), Kluwer Law International, 2007
- AA. VV., *Pervasive Problems in International Arbitration* (J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS ed.), Kluwer Law International, 2006

- AA. VV., *Practising Virtue: Inside International Arbitration* (D. D. CARON, S. W. SCHILL ET AL. ed.), Oxford University Press, 2015
- AA. VV., *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration* (F.-B. WEIGAND ed.), 2° ed., Oxford University Press, 2009
- AA. VV., *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary* (U. DRAETTA, R. LUZZATTO ed.), JurisNet, LLC, 2012
- AA. VV., *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration* (L. W. NEWMAN, R. D. HILL ed.), 3° ed., JurisNet, LLC, 2014
- AA. VV., *The Spanish Arbitration Act: A Commentary* (C. GONZÁLEZ-BUENO ed.), Dykinson, S.L., 2016
- AA. VV., *Yearbook on International Arbitration vol. III* (M. ROTH, M. GEISTLINGER ed.), Intersentia N.V., 2013
- BAYKITCH, *Arbitration Law of Australia: Practice and Procedure*, JurisNet, LLC, 2012
- BEECHEY, *International Arbitrations and the Award of Security for Costs in England*, in *ASA Bulletin* vol. 12(2), 1994, p. 179-191
- BERGER, *Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law*, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 7-15
- BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3° ed., Stämpfli, 2015
- BERNARDINI, *Riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri in Italia*, in *ASA Bulletin* 2010(3), p. 429-439
- BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, in *Riv. arb.* 1993(1), p. 13-27
- BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.* 2003(1), p. 27-50
- BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, in *Riv. arb.* 2013(2), p. 329-346
- BINDER, *Analytical Commentary to the UNCITRAL Rules*, Sweet & Maxwell, 2013
- BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 3° ed., Sweet & Maxwell, 2010
- BLACKABY, PARTASIDES ET AL., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6° ed., Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015
- BOGADAN, *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012
- BONDAR, *Allocation of costs in investor-State and commercial arbitration: towards a harmonized approach*, in *Arb. Intl.* vol. 32(1), 2016, p. 45-58
- BORN, *International Commercial Arbitration*, 2° ed., Kluwer Law International, 2014
- BRANSON, *The Ken-Ren Case: It is an Ado Where More Aid is Less Help*, in *Arb. Intl.* vol. 10(3), 1994, p. 313-316
- BRIGUGLIO, *Il lodo rituale italiano all'estero dopo la novella del 1994*, in *Riv. Arb.* 1997(4), p. 683-706
- BROGGINI, *I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale: analogie e differenze delle soluzioni italiana e*

svizzera, in *Riv. arb.* 1991(3), p. 487-505

CARBONE, *Per un'interpretazione internazionalmente orientata della disciplina italiana dell'arbitrato: prospettive di sviluppo*, in *Riv. Arb.* 2015(3), p. 429-448

CARLEVARIS, FERIS, *Running the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases*, in *ICC Bulletin* vol. 25(1), 2014, p. 25-40

CARON, CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2° ed., Oxford University Press, 2013

CECCHIELLA, *L'arbitrato*, UTET, 1991

CIPRIANI, *La cauzione per le spese tra codice fascista e Costituzione repubblicana*, in *Quaderni fiorentini* vol. 29, 2000, p. 435-459

COACCIOLI, *Manuale di diritto internazionale privato e processuale, Vol. I*, Giuffrè, 2011

COLBRAN, *Security for Costs of Arbitration Proceedings in England, New Zealand and Australia*, in *Arb. Intl.* vol. 9(1), 1993, p. 85-95

CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato, artt. 633 - 840, disposizioni per l'attuazione, appendice*, 4° ed., IPSOA, 2010

CRAIG, PARK, PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3° ed., Oceana Publications, Inc., 2000

CREMADES, *Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, in *Spain Arb. Rev.* vol. 2012(13), p. 155-187

DARWAZEH, GREENBERG, *No One's Credit Is As Good As Cash: Awards and Orders for the Payment of the ICC Advance on Costs*, in *J. Intl. Arb.* vol. 31(5), 2014, p. 557-574

DAVENPORT QC, *The Ken-Ren Case: Much Ado About Nothing Very Much*, in *Arb. Intl.* vol. 10(3), 1994, p. 303-311

DERAINS, SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2° ed., Kluwer Law International, 2005

DARWAZEH, LELEU, *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*, in *J. Intl. Arb.* vol. 33(2), 2016, p. 125-150

FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi, 2006

FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. GAILLARD, J. SAVAGE ed.), Kluwer Law International, 1999

GOODE, *The Role of Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, in *Arb. Intl.* vol. 17(1), 2000, p. 19-40

GOTANDA, *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations*, in *Mich. J. Intl L.* vol. 21(1), 1999, p. 1-50

GREENBERG, KEE, WEERAMANTRY, *International Commercial Arbitration – An Asian Perspective*, Cambridge University Press, 2011

GREENWOOD, *Keeping the Golden Goose Alive: Could Alternative Fee Arrangements Reduce the Cost of International Arbitration?*, in *J. Intl. Arb.* vol. 28(6), 2011, p. 591-598

- GRIERSON, VAN HOOFT, *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*, Kluwer Law International, 2012
- GU, *Security for Costs in International Commercial Arbitration*, in *J. Intl. Arb.* vol. 22(3), 2005, p. 167-205
- GUALANDI, *Spese giudiziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1214 ss. e 1655 ss.
- HEISKANEN, *And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration*, in *Arb. Intl.* vol. 26(4), 2010, p. 441-466
- HENDERSON, *Arbitration Guide – IBA Arbitration Committee: Thailandia*, February 2012, disponibile su: <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=a646cf32-0ad8-4666-876b-c3d045028e64>
- HENDERSON, *Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration: Unravelling the Laws of the Arbitration Process*, in *Singapore Academy of Law Journal* vol. 26, 2014, p. 886-910
- HENDERSON, *Security for Costs in Arbitration in Singapore*, in *Asian Intl. Arb. J.* vol. 7(1), 2011, p. 54-75
- JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge at the University Press, 1952
- KALICKI, *Security for Costs in International Arbitration*, *T.D.M.* vol. 3(5), dicembre 2006
- KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, in *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Carl Heymanns Verlag KG, 2001, p. 339-353
- KAUFMANN-KOHLER (Communication de), *La Qualification en Arbitrage Commercial International*, in *Droit International Prive Années 2010-2012*, Editions A. Pedone, 2013, p. 299-322
- KAUFMANN-KOHLER, RIGOZZI, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2015
- KENNEDY-GRANT, *Interim Measures Under the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: The Impact of the 2006 Amendments*, in *Asian Intl. Arb. J.* vol. 10(1), 2014, p. 17-46
- KIRTLEY, WIETRZYKOWSKI, *Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?*, in *J. Intl. Arb.* vol. 30(1), p. 17-30
- KLEINHEISTERKAMP, *International Commercial Arbitration in Latin America*, Oceana Publications, Inc., 2005
- KOCH, *Is There a Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration? – The Importance of the Applicable Provisions and Legal Traditions*, in *J. Intl. Arb.* vol. 31(4), 2014, p. 485-497
- KÜHNER, *The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany*, in *J. Intl. Arb.* vol. 31(6), p. 807-818
- LAUDISA, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, in *Riv. arb.* 2005(3), p. 455-474
- LA CHINA, *L'arbitrato – il sistema e l'esperienza*, 4° ed., Giuffrè, 2011
- LESING, *Cooper v. Ateliers de la Motobecane S.A.: PreAward Attachment under the New York Convention*, in *Berkeley J. Intl. L.* vol.1(1), 1993, p. 230-253
- LEW, *Business and the Law: A Question of Costs*, in *Financial Times (London)*, 28 giugno 1994
- LEW, *Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*, in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000,

p. 23 ss.

LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003

LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. arb.* 1991(2), p. 253-265

MANN, *The UNCITRAL Model Law – Lex Facit Arbitrum*, in *Arb. Intl.* vol. 2(3), 1986, p. 241-261

MERKIN, FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, 5° ed., infroma law, 2014

MILES, SPELLER, *Security for costs in international arbitration – emerging consensus or continuing difference?*, in *The European Arbitration Review*, 2007, p. 32-34

MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. I, 7° ed., UTET, 2015

MOYANO, *Impecuniosity and the Courts' Approach to the Validity of the Arbitration Agreement*, in *J. Intl. Arb.* vol. 34(4), p. 631-652

MUSTILL, BOYD, *Commercial Arbitration (2001 Companion Volume to the Second Edition)*, 2° ed., Butterworths, 2001

NOWACZYK, CZECH, *Rethinking costs and costs awards in international arbitration: a call for less criticism of arbitration costs, but improvement of costs allocation practices*, in *ASA Bulletin* vol. 33(3), 2015, p. 494-513

PESSEY, *When to Grant Security for Costs in International Commercial Arbitration: the Complex Quest for a Uniform Test*, pubblicato dall'International Institute for Conflict Prevention & Resolution il 6 maggio 2011, disponibile su: <https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2011-05-06-when-to-grant-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration-the-complex-quest-for-a-uniform-test-2011-writing-contest-winner>

PETROCHILOS, *Interim measures under the revised UNCITRAL Arbitration Rules*, in *ASA Bulletin* vol. 28(4), 2010, p. 878-890

PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, 2004

PINSOLLE, *Le financement de l'arbitrage par les tiers*, in *Rev. Arb.* vol. 2011(2), p. 385-414

PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, in *Cah. arb.* vol. 2013(2), p. 402-414

PLUYETTE, *The Role of the Courts and Problems Related to the Execution of Conservatory and Provisional Measures: The French Perspective*, in *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration* (ICC International Court of Arbitration ed.), 1993, p. 72-91

POUDRET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2° ed., Sweet & Maxwell, 2007

POZNANSKI, *The Nature and Extent of an Arbitrator's Powers in International Commercial Arbitration*, in *J. Intl. Arb.* vol. 4(3), 1987, p. 71-108

POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, in *Riv. arb.* 2005(1), p. 17-44

RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno*, in *Riv. Arb.* 2016(1), p. 1-32

RADICATI DI BROZOLO, *Non-National Rules and Conflicts of Laws: Reflections in light of the UNIDROIT and Hague Principles*, in *R. dir. int. priv. proc.* 2012(4), p. 841-864

- REDFERN, O'LEARY, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, in *Arb. Intl.* vol. 32(3), 2016, p. 397-413
- RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, CEDAM, 2010
- RUBINS, *In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration*, in *Am. Rev. Intl. Arb.* vol. 11, 2000, p. 307-378
- SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile – Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840* (a cura di S. CHIARLONI), Zanichelli, 2014
- SANDROCK, *The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or The Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant*, in *J. Intl. Arb.* vol. 14(2), 1997, p. 17-38
- SCHERER, RICHMAN, GERBAY, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules – A User's Guide*, Kluwer Law International, 2015
- SCHIAVO, *Sulle tracce della cautio pro expensis in età pregiustiniana*, in *Inter cives necnon peregrinos: Essays in Honour of Boudewijn Sirks* (J. HALLEBEEK, M. SCHERMAIER ET AL. ed.), V&R Unipress, 2014, p. 669-685
- SUN, WILLEMS, *Arbitration in China*, Kluwer Law International, 2015
- TARZIA, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.* 1996(3), p. 473-485
- TAWIL, CAMPOLIETI, *Arbitration Guide – IBA Arbitration Committee: Argentina*, March 2012, disponibile su: <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=a646cf32-0ad8-4666-876b-c3d045028e64>
- THOMSON, *ICC announces record new cases in 2016*, in *Global Arbitration Review*, 18 gennaio 2017, disponibile su: <http://globalarbitrationreview.com/article/1080163/icc-announces-record-new-cases-in-2016>
- THORP, SUN, *Arbitration Guide – IBA Arbitration Committee: China*, February 2012, disponibile su: <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=a646cf32-0ad8-4666-876b-c3d045028e64>
- TOMMASEO, *Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arb.* 1999(1), p. 9-29
- TRAIN, *Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 novembre 2011 dans l'affaire LP c/ Pirelli)*, in *Rev. Arb.* 2012(2), p. 267-305
- TURNER, MOHTASHAMI, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2009
- TWEEDDALE, TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, Oxford University Press, 2005
- ULMER, *The Cost Conundrum*, in *Arb. Intl.* vol. 26(2), 2010, p. 221-250
- VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5° ed., Giappichelli, 2015
- VIGORITI, *Arbitrato Internazionale. Problemi Pratici*, in *Riv. Arb.* 2013(4), p. 901-912
- VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, 2016
- VOSER, *Interim Relief in International Arbitration: The Tendency towards a More Business-Oriented Approach*, in *Disp. Res. Intl.* vol. 171(1), 2007, p. 171-185

WADE, CLIFFORD, CLANCHY, *A Commentary to the LCIA Arbitration Rules 2014*, Sweet & Maxwell, 2015

WEBSTER, *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, 2° ed., Sweet & Maxwell, 2015

WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, 3° ed., Sweet & Maxwell, 2014

WEISS, KLISCH ET AL., *Techniques and Tradeoffs for Incorporating Cost- and Time-Saving Measures into International Arbitration Agreements*, in *J. Intl. Arb.* vol. 34(2), 2017, p. 257-274

WILLIAMS, *Costs and Access to International Arbitration*, in *Arbitration* vol. 80(4), 2014, p. 432-442

WIRTH, *Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*, in *ASA Bulletin* vol. 18(1), 2000, p. 31-45

YEOH, *Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?*, in *J. Intl. Arb.* vol. 33(1), 2016, p. 115-122

YESILIRMAK, *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 1999-2008*, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 5-11

YESILIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2005

Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws (L. COLLINS ed.), 15° ed., Sweet & Maxwell, 2016

Jowitt's Dictionary of English Law, vol. 2 J-Z, (D. GREENBERG ed.), 4° ed., Thomson Reuters, 2015

Russell on Arbitration (D. S. J. SUTTON, J. GILL QC, M. GEARING QC ed.), 24° ed., Sweet & Maxwell, 2015

Altre fonti

Chartered Institute of Arbitrators' Guidelines on Applications for Security for Costs, 2016 disponibile su: <http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015securityforcosts.pdf?sfvrsn=28>.

Draft Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration del 1 settembre 2017, disponibile su: [http://www.arbitration-icca.org/media/10/14053115930449/submission version for public comment finalversion.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/10/14053115930449/submission%20version%20for%20public%20comment%20finalversion.pdf)

IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration adottate il 23 ottobre 2014, disponibile su: https://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewifqaWO44HXAhWsA8AKHcHtDWYQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.ibanet.org%2FDocument%2FDefault.aspx%3FDocumentUid%3De2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918&usq=AOvVaw2J_QfVS8ohoW1YobOau6SA

IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration adottate il 29 maggio 2010, disponibile su: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>

ICC Commission Report: Controlling Time and Costs in Arbitration, 2012 disponibile su: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/11/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Techniques-for-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration-2012.pdf>

ICC Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration, in *ICC Dispute Resolution Bulletin* 2015(2),

2015, p. 1 ss.

The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2017-1), 2017 disponibile su:
[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(English)%20Final.pdf)

2006 International Arbitration Study: Corporate Attitudes and Practices condotto dalla Queen Mary University of London e PricewaterhouseCoopers, disponibile su: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123295.pdf>

2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration condotto dalla Queen Mary University of London in collaborazione con White & Case, disponibile su: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>

GIURISPRUDENZA CITATA

Giurisprudenza arbitrale

Arbitrato *ad hoc* con sede a Zurigo, ordinanza processuale del 27 novembre 2002, in *ASA Bulletin* vol. 23(1), 2005, p. 108-115

Arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera, lodo del 21 dicembre 1998, in *ASA Bulletin* vol. 17(1), 1999, p. 59-67

Arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Attore, società panamense c. Convenuto, persona fisica domiciliata a Ginevra*), lodo (data non riportata), in *ASA Bulletin* vol. 13(3), 1995, p. 529-534

Arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Attore, società svizzera in fallimento c. Convenuto, società yemenita*), ordinanza processuale no. 4 del 17 giugno 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 23-28

Arbitrato *ad hoc* con sede in Svizzera (*Mr. X c. Mrs. Y*), decisione del 17 maggio 2003, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 15-22

Arbitrato *ad hoc*, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Government of Mongolia*, Order on Interim Measures del 2 settembre 2008, disponibile su: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0621.pdf>

Arbitrato *Geneva Chamber of Commerce and Industry* (no. non riportata), decisione del 25 settembre 1997, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), p. 745-750

Arbitrato ICC (no. non riportata), ordinanza processuale (data non riportata), in *ASA Bulletin* vol. 15(2), 1997, p. 363-380

Arbitrato ICC (no. non riportata) con sede a Ginevra, ordinanza processuale no. 4 dell'aprile 2009, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 59-70

Arbitrato ICC (no. non riportata) con sede a Parigi, ordinanza processuale del 3 agosto 2012, § 8, in P. PINSOLLE, *Third-Party Funding and Security for Costs*, in *Cah. arb.* vol. 2013(2), p. 402-414

Arbitrato ICC (no. non riportata) con sede in Svizzera (*Attore, società libanese c. Convenuto, società tedesca*), lodo finale del 20 aprile 2009, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), 2010, p. 46-47

Arbitrato ICC no. 2321, lodo non definitivo del 1974, in *Y.C.A.* vol. I, 1976, p. 133-135

Arbitrato ICC no. 6503, ordinanza processuale del novembre 1989, in *J.D.I.* vol. 122(4), 1995 (con nota di Y. DERAÏNS), p. 1022-1031

Arbitrato ICC no. 6697 (*Casa v. Cambior*), lodo parziale del 26 dicembre 1990, in *Rev. Arb.* 1992(1), p. 135-146

Arbitrato ICC no. 7047, lodo finale del 28 febbraio 1994, in *ASA Bulletin* vol. 13(2), 1995, p. 301-357

Arbitrato ICC no. 7489, lodo finale (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 8(2), 1999, p. 68 ss.

Arbitrato ICC no. 7388, ordinanza processuale del 1993, in A. REINER, *Les mesures provisoires et conservatoires et L'Arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI*, in *J.D.I.* vol. 125(4), 1998, p. 853-904

Arbitrato ICC no. 8113, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 65 ss.

Arbitrato ICC no. 8223, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 72 ss

Arbitrato ICC no. 8307, lodo non definitivo del maggio 2001, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 13-21

Arbitrato ICC no. 8786, lodo non definitivo del 1996, in *ASA Bulletin* vol. 19(4), 2001, p. 751-756

Arbitrato ICC no. 8879, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 11(1), 2000, p. 86 ss.

Arbitrato ICC no. 10032, ordinanza processuale del 9 novembre 1999, § 45 in KARRER, DESAX, *Security for Costs in International Arbitration – Why, when and what if ...*, in *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Carl Heymanns Verlag KG, 2001, p. 339-353

Arbitrato ICC no. 10596, lodo non definitivo del 2000, in *Y.C.A.* vol. XXX, 2005, p. 66-76

Arbitrato ICC no. 11405, lodo non definitivo (data non riportata), in *ICC Bulletin* vol. 17(2), 2006, p. 96 ss.

Arbitrato ICC no. 11798, lodo non definitivo del dicembre 2002, in *ICC Bulletin* vol. 22 - Special Supplement, 2011, p. 44-54

Arbitrato ICC no. 12035, ordinanza processuale del 6 giugno 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, 2010, p. 28 ss.

Arbitrato ICC no. 12228, ordinanza processuale del 11 giugno 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 38 ss.

Arbitrato ICC no. 12393, ordinanza processuale del 30 luglio 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 56 ss.

Arbitrato ICC no. 12542, ordinanza processuale del 19 dicembre 2003, in *ASA Bulletin* vol. 23(4), p. 685-700

Arbitrato ICC no. 12732, ordinanza processuale del gennaio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 62

Arbitrato ICC no. 12853, ordinanza processuale del 3 dicembre 2003, in *ICC Bulletin* vol. 21 - Special Supplement, 2010, p. 80

Arbitrato ICC no. 13070, lodo non definitivo del 2006, in WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, 3° ed., Sweet & Maxwell, 2014, § 28-37

Arbitrato ICC no. 13359, ordinanza processuale del febbraio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 63-65

Arbitrato ICC no. 13620, ordinanza processuale del maggio 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 65-67

Arbitrato ICC no. 13646, ordinanza processuale no. 3 del 2005, in WEBSTER, BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, 3° ed., Sweet & Maxwell, 2014, § 28-36

Arbitrato ICC no. 14020, ordinanza processuale del novembre 2006, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 67-70

Arbitrato ICC no. 14355, ordinanza processuale del gennaio 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 70-72

Arbitrato ICC no. 14433, ordinanza processuale dell'ottobre 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 73-74

Arbitrato ICC no. 14661, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 71-75

Arbitrato ICC no. 14661, ordinanza processuale del dicembre 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 76-77

Arbitrato ICC no. 14709, (data non riportata), in PATOCCHI, MARZOLINI, *Article 22 – Power of the Arbitral Tribunal*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary* (U. DRAETTA, R. LUZZATTO ed.), cit., p. 320, n. 33

Arbitrato ICC no. 14993, ordinanza processuale del dicembre 2007, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 77-79

Arbitrato ICC no. 15218, ordinanza processuale del luglio 2008, in *ICC Bulletin* vol. 25 - Supplement, 2014, p. 79-83

Arbitrato ICC no. 15951, ordinanza processuale no. 2 del 29 maggio 2009, in *ASA Bulletin* vol. 28(21), 2010, p. 74-75

Arbitrato ICC no. 19850, ordinanza processuale no. 2 del 4 dicembre 2014, inedita

Arbitrato ICSID no. ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*

Arbitrato ICSID no. ARB/12/10, *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, Decision on the Saint Lucia's request for security for costs del 13 agosto 2014, disponibile su: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>

Arbitrato ICSID no. ARB/14/14, *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, Procedural Order no. 3 Decision on the parties' requests for provisional measures del 23 giugno 2015, disponibile su: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3604/DC6416_En.pdf

Arbitrato LCIA no. UN 3481, *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, Interim Award - Request for Interim Measures of Protection del 31 gennaio 2004, disponibile su: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0281.pdf>

Arbitrato NAI (no. non riportato), lodo non definitivo del 12 luglio 1985, in *Y.C.A.* vol. XI, 1986, p. 189-190

Arbitrato NAI no. 1694, lodo non definitivo del 12 dicembre 1996, in *Y.C.A.* vol. XXIII, 1998, p. 97-112

Arbitrato NAI no. 2212, lodo in *summary proceedings* del 28 luglio 1999, in *Y.C.A.* vol. XXVI, 2001, p. 198-208

Arbitrato PCA no. 2011-17, *Guaracachi American Inc. e Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, Procedural Order no. 14 dell'11 marzo 2013, disponibile su: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1331.pdf>

Arbitrato PCA no. 2012-10, *Merck Sharpe & Dohme (I.A.) LLC v. The Republic of Ecuador*, Decision on Interim Measures del 7 marzo 2016, disponibile su: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8813.pdf>

Arbitrato PCA no. 2013-15, *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, Procedural Order

no. 10 dell'11 gennaio 2016, disponibile su: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>

Arbitrato PCA no. 2013-33, ordinanza processuale no. 1 del 7 marzo 2014, inedita

Arbitrato PCA no. 2016-20, *Dawood Rawat v. The Republic of Mauritius*, Order Regarding Claimant's and Respondent's Requests for Interim Measures dell'11 gennaio 2017, disponibile su: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8082_0.pdf

Arbitrato SIAC no. 076/2006, citato in A. HENDERSON, *Security for Costs in Arbitration in Singapore*, in *Asian Intl. Arb. J.* vol. 7(1), 2011, p. 74

Arbitrato *Swiss Chambers' Arbitration Institution* con sede a Zurigo (no. non riportato), ordinanza processuale no. 1 del 19 dicembre 2008, in *ASA Bulletin* vol. 28(1), p. 47-59

Arbitrato ZCC (no. non riportato), ordinanza processuale del 12 novembre 1991, in *ASA Bulletin* vol. 13(1), p. 84-91

Arbitrato ZCC no. 415, ordinanza processuale no. 4 del 20 novembre 2001, in *ASA Bulletin* vol. 20(3), p. 467-472

Giurisprudenza nazionale (italiana e straniera), delle corti europee e delle corti internazionali

Alato c. Savoia, Corte Costituzionale, 3 maggio 1963, no. 56, in *Giur. Cost.* 1963, p. 498.

Austin John Montague v. Commonwealth Development Corporation, Supreme Court of Queensland, Court of Appeal Division, Appeal no. 8159 of 1999, DC no. 29 of 1999, 27 giugno 2000, in *Y.C.A.* vol. XXVI, 2001, p. 744-748

Bahia Industrial, S.A c. Eintacar-Eimar, S.A., *Audiencia Provincial de Cadiz*, 12 giugno 1991, in *Y.C.A.* vol. XVIII, 1993, p. 616-618

Bank Mellat v. Helleniki Techniki S.A. [1984] Q.B. 291

Bremer Vulcan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp. [1981] A.C. 909

Bundesgerichtshof, III ZR 33/00, 14 settembre 2000, in *Betriebs-Berater* 2000, p. 2330

Carabba c. Marcellusi, Corte Costituzionale, 29 novembre 1960, no. 67, in *Foro it.*, 1960, I, p. 1873-1874

Carabba c. Marcellusi, Tribunale di Chieti, 24 giugno 1959, in *Giur. Cost.*, 1959, p. 1247

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.A.), Order del 10 maggio 1984, [1984] ICJ Report 169 ss.

Case of Ait-Mouhoub v. France, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 ottobre 1998, Application no. 22924/93, Case no. 103/1997/887/1099

Case of Arlewin v. Sweden, Concurring Opinion of Judge Silvis, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 1 marzo 2016, Application no. 22302/10

Case of Čamovski v. Croatia, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 ottobre 2012, Application no. 38280/10

Case of Generalov v. Russia, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 9 luglio 2009, Application no. 24325/03

Case of Kradoš v. Croatia, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 26 aprile 2016, Application no. 25782/11

Case of Markovic and Others v. Italy, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 14 dicembre 2006, Application no. 1398/03

Case of Peruško v. Croatia, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 15 gennaio 2013, Application no. 36998/09

Case of Plakhteyev and Plakhteyeva v. Ukraine, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 12 marzo 2009, Application no. 20347/03

Case of Żebrowski v. Poland, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 3 novembre 2011, Application no. 34736/06

Cooper v. Ateliers de la Motobecane, S.A., 442 N.E.2d 1239 (N.Y. 1982)

Coppée Lavalin S.A. N.V. v. Ken-Ren Chemicals & Fertilisers Ltd. (In Liquidation in Kenya) e Voest-Alpine A.G. v. Ken-Ren Chemicals & Fertilisers (In Liquidation in Kenya) [1995] 1 A.C. 38

Data Delecta Aktiebolage Forsberg c. MSL Dynamics Ltd, sentenza CGUE del 26 settembre 1996, causa C-43/95 (Racc. 1996 p. I-04661)

De Agostini c. Milloil S.p.a. in liquidazione (Cass., 18 febbraio 2000, n. 1808, in *Riv. Arb.* 2001(1) p. 61-62)

Diag Human SE v. The Czech Republic [2013] EWHC 3190 (Comm)

Farrer v. Lacy Hartland & Co. (1885) 28 Ch. D. 482

Gater Assets Ltd v. Nak Naftogaz Ukrainiy [2007] EWCA Civ 988

Guarnieri e Cie c. Vandavelde Eddy VOF, sentenza CGUE del 7 aprile 2011 (Racc. 2011 p. I-02685)

Hayes e Hayes c. Kronenberger GmbH, in liquidazione, sentenza CGUE del 20 marzo 1997, causa C-323/95 (Racc. 1997 p. I-1711)

Hitachi Shipbuilding and Engineering Co. V. Viafel Compania Naviera S.A. [1981] 2 Lloyd's Rep. 498

Hubbard c. Hamburger, sentenza CGUE del 1 luglio 1993, causa C-20/92 (Racc. 1993 p. I-3777)

Mavani v. Ralli Brothers Ltd. [1973] 1 W.L.R. 468

McCreary Tire & Rubber Co. v. CEAT, S.p.A., 501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974)

Porzelack K.G. v. Porzelack (UK) Ltd. [1987] 1 W.L.R. 420

Saldanha e MTS Securities Corporation c. Hiross Holding AG, sentenza CGUE del 2 ottobre 1997, causa C-122/96 (Racc. 1997 p. I-5325)

SARL Lola fleurs c. société Monceau fleurs et autres, Corte d'appello di Parigi, 26 febbraio 2013, in *Rev. Arb.* 2013(3) p. 749-751

Société Licensing Projects (LP) et autres c. Société Pirelli & C. SPA et autres, Corte d'appello di Parigi, 17 novembre 2011, in *Rev. Arb.* 2012(2), p. 387-392

Société Pirelli & C. SPA c. Société Licensing Projects (LP) et autres, Cour de cassation, 28 marzo 2013, in *Rev. Arb.*

2013(3), p. 746-749

Société TRH Graphics c. Société Offset Aubin, Cour de cassation, 19 novembre 1991, in *Rev. Arb.* 1992(3), p. 462-463

Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd. v. Triplan Ltd. [1973] 1 Q.B. 609

Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 13 luglio 1995, n. 8/1994/455/536

Tribunale di Roma, 18 marzo 1955, in *Giust. Civ.*, 1955, I, p. 1223

Unione Stearinerie Lanza and Weiner, In Re An Arbitration Between [1917] 2 K.B. 558

Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e altri, sentenza CGUE del 10 novembre 1998, causa C-391/95 (Racc. 1998 p. I- 07091).

Wall Street Institute de Portugal - Centro de Inglês S.A., WSI - Consultadoria e Marketing and others v. Centro de Inglês Santa Bárbara, Lda., Tribunal Constitucional portoghese, caso no. 311/2008, 30 maggio 2008

Wealcan Enterprises Inc. v. Banque Algerienne DU Commerce Exterieur S.A. [2012] EWHC 4151 (Comm).

Zhong Da Chemical Development Co. Ltd. V. Lanco Industries Ltd. [2009] 3 SLR 1017