

Supplemento al N. 4 della Rivista di Diritto Processuale

RIVISTA

DI

DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA

G. GIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA E. T. LIEBMAN

DIREZIONE

**V. COLESANTI - G. CONSO - E. FAZZALARI - E. GRASSO
L. MONTESANO - N. PICARDI - C. PUNZI - E.F. RICCI
G. TARZIA - G. VERDE**

VOLUME LV (II Serie) - Anno 2000



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2000



NOTIZIE E POSTILLE

ARBITRATO E GIUDIZIO ORDINARIO (un Convegno a Zurigo)

Il giorno 28 gennaio 2000 si è svolto a Zurigo il Convegno intitolato « *Arbitral Tribunals or State Courts – who must defer to whom? – Arbitration clause, lis pendens, res iudicata, recognition and enforcement* », organizzato dall'*International Bar Association* in collaborazione con l'*Association Suisse de l'Arbitrage* (ASA).

L'intento del Convegno è stato quello di radunare alcuni tra i maggiori esperti a livello internazionale per un confronto sul tema, alquanto complesso, dei rapporti tra arbitrato e giudizio statale, soprattutto per quanto attiene alla problematica della contemporanea pendenza di due procedimenti su oggetti identici o connessi e alla necessità o meno che uno dei due organi aditi rinvii all'altro o alla decisione dell'altro. Temi che non trovano oggi – nonostante la loro indubbia rilevanza pratica – adeguate risposte nel diritto positivo, si tratti di leggi nazionali, trattati, convenzioni o leggi modello.

Il Convegno era suddiviso in tre sezioni. La prima, intitolata « *Setting the scene* » e affidata alle relazioni svolte dal Prof. Peter Schlosser (Monaco) e dal Prof. Hans van Houtte (Leuven), era dedicata, da una parte, ad una panoramica generale riguardante l'approccio tradizionale dei sistemi di *civil law* e di *common laws* alle problematiche considerate; dall'altra, all'esame delle norme in proposito contenute in alcune Convenzioni internazionali in materia di arbitrato (specialmente la *Convenzione di New York* del 1958 e quella di *Ginevra* del 21 aprile 1961). La seconda sezione, intitolata « *Are there answers in selected national laws* » e affidata alle relazioni del Prof. V. V. Veeder (London), Andreas Lowenfeld (New York), François Perret (Genève) e Lawrence A. Collins (London), si è incentrata sulle soluzioni concretamente adottate dal legislatore o dalle corti statali o solamente prospettate dalla dottrina di alcuni sistemi legali. La terza sezione, infine, intitolata « *Outlook into the future* » e affidata alle relazioni del giudice Gustaf Möller (Helsinki), del Prof. Paul Storm (Rotterdam), della Prof. Catherine Kessedjian (The Hague) e del Prof. Albert Jan van den Berg (Amsterdam), si è essenzialmente posta in una prospettiva *de iure condendo*. Essa aveva ad oggetto, da una parte, la questione dell'opportunità o meno di apportare modifiche – mediante l'introduzione di apposite disposizioni

concernenti i rapporti tra arbitrato e giudizio statale o la specificazione di quelle già esistenti – alla *Convenzione di New York* del 1958 e alle *Convenzioni di Bruxelles* e di *Lugano* sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; dall'altra, l'esame del progetto della *Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters*, adottato dalla *Special Commission dell'Hague Conference on Private International Law*, il 30 ottobre 1999, nella parte in cui esclude l'arbitrato dal proprio ambito di applicazione.

Come sottolineato nella relazione d'apertura del Dr. Pierre Karrer (Zürich) (uno dei tre moderatori delle singole sezioni del Convegno, assieme al Dr. David W. Riwkin – New York – e al Dr. Martin Bernet – Zürich –), la questione del rapporto tra arbitri e giudici statali e dell'« *who must defer to whom?* » si articola in una serie di fattispecie molto varia.

Esse dipendono, anzitutto, dalla *prospettiva* presa in considerazione, che può essere, di volta in volta, quella di un *first forum*, dinanzi al quale viene sollevata un'eccezione di incompetenza (*exceptio fori alieni*) a favore di un *second forum* dinanzi al quale non pende ancora alcuna controversia; oppure quella di un *second forum*, che secondo una delle parti dovrebbe declinare la propria competenza a favore di un *first forum*, dinanzi al quale è già pendente un procedimento sullo stesso oggetto e tra le stesse parti (eccezione di *lis pendens*); oppure, ancora, quella di un *second forum*, dinanzi al quale si faccia valere il vincolo ad una decisione già resa sulla medesima causa dal *first forum* (eccezione di *res iudicata*). La tipologia di situazioni prospettabili può arricchirsi per l'intervento di un insieme di variabili, che attengono, di volta in volta, al tipo di questioni preliminari che l'organo adito si trova a dover risolvere (effettiva pendenza della causa dinanzi a lui, regolare costituzione del *forum*, sussistenza della competenza sulla controversia relativamente alla quale è chiamato a decidere, sospensione del procedimento in attesa che sia definita una questione pregiudiziale pendente dinanzi ad altro organo), al modo in cui l'organo adito ritiene che l'altro *forum* risolva le medesime questioni e alla decisione dell'organo adito di attenersi o meno al modo in cui tali questioni sono state effettivamente decise dall'altro organo. La risoluzione delle questioni di cui sopra varia poi in maniera sensibile a seconda delle diverse giurisdizioni considerate, che possono essere *arbitration – friendly* o, al contrario, *arbitration – wary*.

Il Prof. Schlosser, in particolare, ha sottolineato che l'esistenza di una *res iudicata*, sia essa una sentenza definitiva o un lodo non più impugnabile, non pone particolari problemi di *disciplina uniforme* nell'ambito dei sistemi di *civil law* e *common law*, nel senso che è principio comunemente accolto che l'organo dinanzi al quale essa è fatta valere debba « *defer to it* ». È invece soprattutto la questione della pendenza parallela di due procedimenti sulla stessa causa a ricevere delle risposte difformi. A fronte della generale irrilevanza della *lis pendens* tra arbitrato e giudizio statale nell'ambito dei sistemi di *civil law*, nei sistemi di *common law* la *lis pendens* in arbitrato, anche se non priva il giudice sta-

o la specificazione di quel-
1958 e alle *Convenzioni di*
nale e l'esecuzione delle de-
l'esame del progetto della
1 civil and commercial mat-
2 Conference on Private In-
1 cui esclude l'arbitrato dai

del Dr. Pierre Karrer (Zü-
el Convegno, assieme al Dr.
rnet - Zürich -), la questio-
who must defer to whom? »

resa in considerazione, che
, dinanzi al quale viene sol-
lieni) a favore di un *second*
ntroversia; oppure quella di
rebbe declinare la propria
ale è già pendente un proce-
cezione di *lis pendens*); op-
quale si faccia valere il vin-
a dal *first forum* (eccezione
bili può arricchirsi per l'in-
di volta in volta, al tipo di
ver risolvere (effettiva pen-
del *forum*, sussistenza del-
quale è chiamato a decide-
definita una questione pre-
o in cui l'organo adito ritie-
e alla decisione dell'organo
ni sono state effettivamente
ni di cui sopra varia poi in
ni considerate, che possono
on - wary.

o che l'esistenza di una *res*
non più impugnabile, non
l'ambito dei sistemi di *civil*
nemente accolto che l'orga-
to it ». È invece soprattutto
nenti sulla stessa causa a ri-
le irrilevanza della *lis pen-*
sistemi di *civil law*, nei siste-
se non priva il giudice sta-

tale della propria *jurisdiction*, costituisce spesso motivo sufficiente per imporre ad esso una sospensione del procedimento, cui può far seguito l'emanazione di specifici « ordini » rivolti alle parti, quali l'*order for compelling arbitration* e l'*antisuit injunction*. Nel caso inverso, ove cioè il giudice statale ritenga insussistente la competenza arbitrale, egli può altresì emettere un'*injunction* - sempre indirizzata ad una delle parti - volta a bloccare (*order to withdraw*) lo svolgimento di un procedimento arbitrale.

Dalle successive relazioni sulle leggi nazionali, è tuttavia emerso che non sempre le regole in concreto vigenti nei singoli sistemi corrispondono al quadro in linea generale delineato nelle relazioni introduttive.

Per quanto riguarda gli Usa, ad esempio, la *Supreme Court* - ha osservato il Prof. Lowenfeld - tende a negare che un giudicato arbitrale espliciti effetto vincolante (*issue preclusion* o *collateral estoppel*) nei confronti di un successivo giudizio statale avente ad oggetto un rapporto dipendente o altrimenti connesso a quello coperto dal giudicato; ciò essenzialmente sulla base della considerazione che « *arbitration could not provide an adequate substitute for judicial proceedings* ». Il riferimento è ai casi *McDonald v. City of West Branch*, 1984, *Dean Witter Reynolds v. Byrd*, 1985, *Vandenberg v. Superior Court of Sacramento County*, 1999. Lowenfeld ha criticato l'orientamento della *Supreme Court*, contrario a considerazioni di « *finality, avoidance of inconsistent results, and economy in dispute settlement* » ed espressione di un atteggiamento di diffidenza verso l'arbitrato che sembra contraddire la tradizione che vuole gli U.S.A. un paese *arbitration - friendly*.

Quanto all'ordinamento svizzero, il Prof. Perret ha offerto un quadro molto esauriente delle soluzioni ivi prospettate da dottrina e giurisprudenza con riguardo all'ipotesi di « litispendenza » tra arbitrato e processo statale: soluzioni che contraddicono l'idea della normale irrilevanza della *lis pendens* arbitrale nei sistemi di *civil law*. Il relatore si è però mostrato (come già prima Schlosser) piuttosto critico nei confronti della tesi - sostenuta in Svizzera - dell'efficacia vincolante, nei confronti dell'arbitrato, delle decisioni del giudice che, negando l'esistenza o la validità del patto arbitrale, affermano la giurisdizione statale: l'accertamento sul patto compromissorio compiuto dal giudice statale, avendo ad oggetto una *preliminary issue*, dovrebbe essere inidoneo ad acquistare l'efficacia di giudicato materiale. Nel caso inverso, tuttavia - ha precisato il relatore - un giudice statale adito per secondo dovrebbe essere invece vincolato all'affermazione di competenza da parte del collegio arbitrale, in quanto quest'ultimo, « *when dealing with the issue of the enforcement of the arbitration agreement, has to decide on a main issue since its jurisdiction depends upon the resolution of that question* » (decide, cioè, necessariamente a titolo « principale » sulla efficacia e validità della convenzione arbitrale).

Particolare attenzione è stata inoltre dedicata, sia nelle relazioni che negli interventi, all'analisi dei recenti sviluppi nella « *law and practice* » dell'arbitrato. Ci si è soffermati sulle diverse interpretazioni del contenuto e dei limiti di

efficacia del principio *Kompetenz – Kompetenz*, così come emergono dalla recente giurisprudenza statale e arbitrale di alcuni ordinamenti (in particolare quello tedesco, francese, inglese e svizzero); sulle tendenze evolutive della giurisprudenza tedesca e americana in tema di accordi volti ad attribuire al giudice arbitrale, oltre che la priorità temporale, altresì la competenza *esclusiva* a statuire sulla propria competenza, con decisione vincolante anche per il giudice statale; sull'analisi delle norme che hanno introdotto, in alcuni ordinamenti (segnatamente quello inglese e tedesco), procedure giudiziali semplificate per la risoluzione in via preliminare e definitiva della questione concernente la competenza arbitrale (il riferimento è, rispettivamente, alla *section 32* del 1996 *Arbitration Act* e al § 1032 (2) ZPO), e meccanismi arbitrali finalizzati allo stesso scopo (si pensi agli *interim awards on jurisdiction*, di cui al nuovo § 1040 (3) ZPO); sull'efficacia, infine, nei confronti di procedimenti arbitrali aventi luogo in uno Stato determinato, di « *decisions and orders* » emessi dai giudici di un altro Stato, che non risolvono definitivamente il merito della controversia, ma che mirano ad impedire la continuazione del procedimento in sede arbitrale (si pensi agli *orders to withdraw from arbitration*, nonché alle sentenze che accertano l'inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale cui la controversia pendente in arbitrato si riferisce) (Schlosser e Collins).

Quanto alle prospettive *de iure condendo*, con riferimento alle *Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, i relatori Storm e Möller hanno sottoposto all'attenzione generale la questione dell'opportunità dell'introduzione di appositi paragrafi, miranti a specificare i limiti e la portata oggettiva dell'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione delle Convenzioni, disposta dall'art. 1 (4) delle stesse. Ci si è chiesti, in particolare, se sia necessario che l'art. 1 (4) sia specificato sì da escludere dall'ambito di applicazione delle Convenzioni ogni azione volta alla dichiarazione di invalidità del patto arbitrale, o ad impedire che un procedimento arbitrale abbia luogo (mediante il ricorso ad un'*anti suit injunction* o ad un *order to withdraw*), o all'annullamento di un lodo arbitrale, o all'ottenimento di provvedimenti cautelari in relazione ad una controversia che forma oggetto di un patto arbitrale. Ed altresì se sia opportuno che l'esclusione si estenda più in generale alle decisioni sulle questioni relative all'esistenza e validità di un patto arbitrale, anche quando esse costituiscano una mera « *subsidiary, preliminary, incidental issue* » all'interno del processo. O, ancora, se l'art. 27 delle Convenzioni debba prevedere, quale ulteriore motivo per rifiutare il riconoscimento di una decisione resa in un altro Stato membro, il fatto che la decisione sia stata resa disconoscendo, nonostante l'eccezione del convenuto, l'esistenza di un patto arbitrale.

Problemi analoghi sono stati discussi per la *Preliminary Draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters*, adottata dalla *Special Commission dell'Hague Conference on Private International Law*, il 30 ottobre 1999 e presentata dalla Prof. Catherine Kessedjian, che dell'*Hague Conference* è la *Deputy Secretary General*. Sebbene il progetto escluda espres-

così come emergono dalla re-
 i ordinamenti (in particolare
 tendenze evolutive della giuri-
 i volti ad attribuire al giudice
 a competenza *esclusiva* a sta-
 ncolante anche per il giudice
 to, in alcuni ordinamenti (se-
 iudiziali semplificate per la ri-
 stione concernente la compe-
 alla *section 32* del 1996 *Arbi-*
 arbitrali finalizzati allo stesso
 n, di cui al nuovo § 1040 (3)
 dimenti arbitrali aventi luogo
 ers » emessi dai giudici di un
 merito della controversia, ma
 edimento in sede arbitrale (si
 onché alle sentenze che accer-
 venzione arbitrale cui la con-
 sser e Collins).

n riferimento alle *Convenzio-*
 öller hanno sottoposto all'at-
 ll'introduzione di appositi pa-
 oggettiva dell'esclusione del-
 venzioni, disposta dall'art. 1
 necessario che l'art. 1 (4) sia
 one delle Convenzioni ogni a-
 o arbitrale, o ad impedire che
 il ricorso ad un'*anti suit in-*
 mento di un lodo arbitrale, o
 sione ad una controversia che
 ia opportuno che l'esclusione
 oni relative all'esistenza e va-
 stituiscono una mera « *subsidi-*
 del processo. O, ancora, se
 ulteriore motivo per rifiutare
 Stato membro, il fatto che la
 e l'eccezione del convenuto,

reliminary Draft Convention
commercial matters, adottata
 n *Private International Law*,
 ie Kessedjian, che dell'*Hague*
 re il progetto escluda espres-

samente dall'ambito di applicazione della convenzione l'arbitrato e i « *proceedings related thereto* », e sebbene l'intento dei redattori sia quello – si è sottolineato – di attribuire la più ampia portata a tale esclusione, si da riguardare tutti i procedimenti statali che interferiscono direttamente o indirettamente con l'arbitrato, vi sono tuttavia dei problemi di *borderline cases*, sui quali la relatrice si è soffermata con concrete esemplificazioni. Alla stregua del criterio interpretativo proposto dovrebbe dirsi estraneo alla Convenzione e alla sua disciplina della giurisdizione, il procedimento instaurato dinanzi ad un giudice statale per l'ottenimento di un'*injunction* volta ad impedire l'inizio o la prosecuzione di un altro procedimento statale in violazione di un patto arbitrale, così, ancora, se un giudice statale è adito con un'azione avente ad oggetto la validità ed esistenza del patto arbitrale, la composizione di un collegio arbitrale, o di ogni difficoltà connessa con il procedimento arbitrale, nonché la concessione di misure cautelari nell'ambito di un procedimento arbitrale. La relatrice ha però additato anche casi dubbi auspicando che in proposito si possa giungere alla stesura di regole uniformi, ed indicando, a questo fine, nell'*UNCITRAL*, e nell'*Hague Conference on Private International Law* – una collaborazione tra i quali costituirebbe senz'altro l'*optimum* in termini di *expertise e budgetary efficiency* – i *fora* naturali per l'elaborazione di tale regolamentazione.

Si è, infine, focalizzata sulla *Convenzione di New York* e sulla necessità o meno di una sua revisione o integrazione. La relazione del Prof. van den Berg – impossibilitato ad essere presente e sostituito dal collega D. Brian King – ha preso spunto da una Nota dell'*UNCITRAL (Possible future work in the area of international arbitration)*, redatta all'indomani della celebrazione per il 40° anniversario della *Convenzione di New York* e contenente una serie di *topics* attinenti l'arbitrato internazionale, meritevoli di essere presi in considerazione in una prospettiva *de iure condendo*. Di essi due sono stati esaminati in modo dettagliato. Il primo riguarda la questione del requisito della forma scritta dell'accordo arbitrale (*agreement in writing*), la cui applicabilità resta dubbia in una serie di fattispecie concrete (*indirect acceptance, tacit acceptance, incorporation by reference, subsequent contract, intermediary, third party, custom of trade*). Il secondo concerne la questione dell'esecuzione di lodi che dispongono misure cautelari (*enforceability of interim measures of protection*). Secondo il *Report* della Commissione dell'*UNCITRAL* non sarebbero uniformi le soluzioni legislative dei diversi ordinamenti sul potere del giudice arbitrale di ordinare misure cautelari e, in base alla giurisprudenza di numerosi Stati, la *Convenzione di New York* non si applicherebbe ai lodi interlocutori. Al contrario, secondo il Prof. van den Berg, un lodo dovrebbe essere eseguito « *in accordance with its terms* », e dunque anche misure cautelari « arbitrali » potrebbero ben essere eseguite nel contesto (e secondo il sistema) della Convenzione, se adottate nella forma di un lodo interlocutorio e se tale lodo è ammesso dalla legge applicabile all'arbitrato.

Numerosi sono stati gli interventi a seguito delle singole relazioni, miranti

essenzialmente ad attirare l'attenzione dei relatori su *disputes* particolarmente complesse, in cui i *delegates* si sono trovati coinvolti in qualità di giudici, avvocati o membri di collegi arbitrali. L'impressione generale è che le tematiche dibattute al Convegno non siano solo di grande rilievo teorico, ma ricorrano con una certa frequenza nella prassi dell'arbitrato, soprattutto di quello internazionale.

I *concluding remarks* sono stati affidati al Prof. Jean-François Poudret (Lausanne).

ALBERT HENKE

Dottore in giurisprudenza