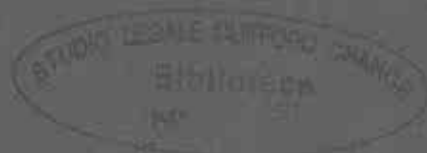


# Int'l Lis



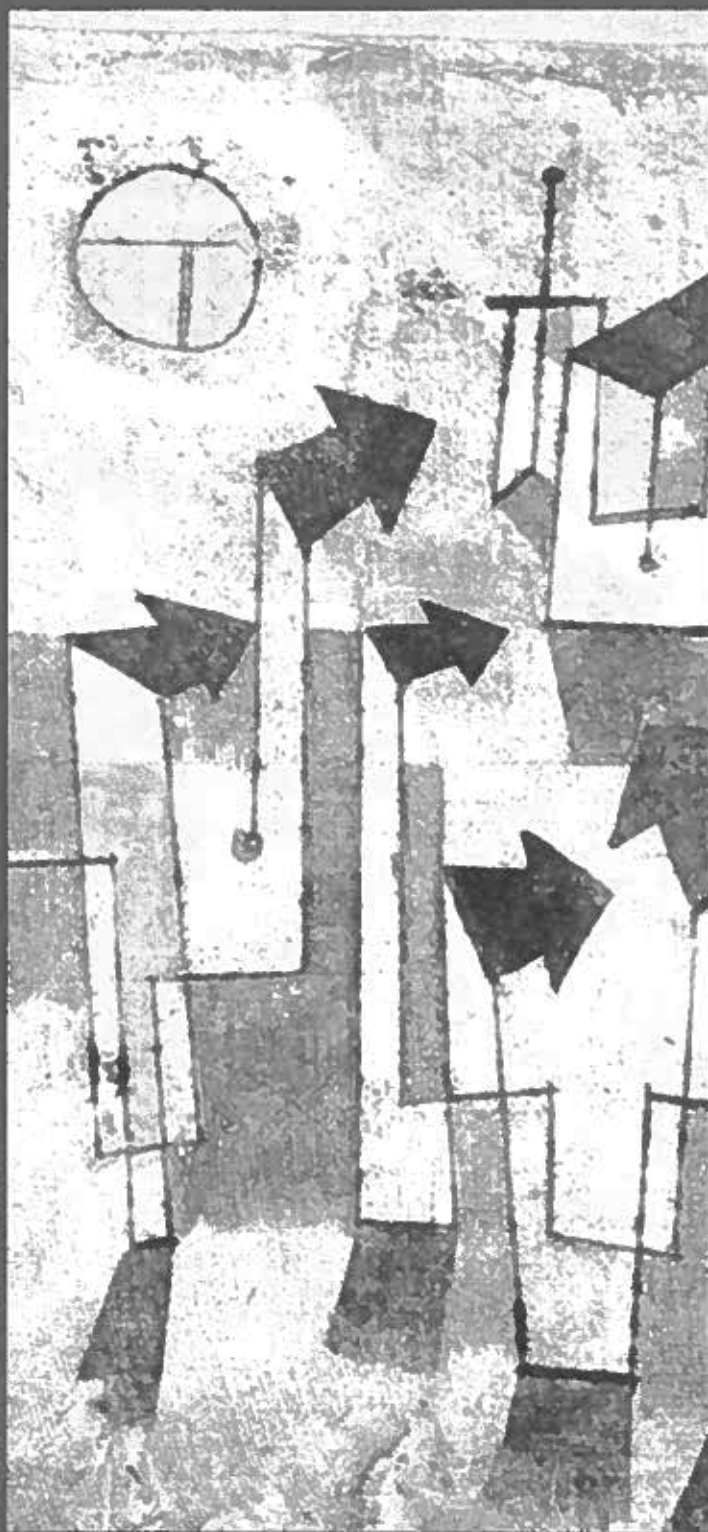
SUPPLEMENTO DI DOCUMENTAZIONE E DISCUSSIONE SUL DIRITTO GIUDIZIARIO TRANSNAZIONALE

DIREZIONE E REDAZIONE STRADA 1 PALAZZO F.G. 20090 MILANO (FORI ASSAGO) WWW.IPSOA.IT



IPSOA SCUOLA D'IMPRESA

## 2 Primavera/Estate 2002



### *Cronache*

*Giurisdizione e riconoscimento  
nella giurisprudenza della  
Corte UE*

*Focus su il Corriere Giuridico*

*Diritti umani  
e garanzie fondamentali*

*Problemi di diritto processuale  
internazionale industriale*

*Problemi di diritto processuale  
internazionale francese*

*Problemi di diritto processuale  
internazionale austro-tedesco*

*Problemi di diritto processuale  
internazionale olandese*

*Problemi di diritto processuale  
internazionale anglosassone*

*Problemi di diritto processuale  
internazionale italiano*

*Problemi di diritto processuale  
internazionale di altri Paesi*

*Antologia*

*Il caso del trimestre*

*Indice librario*

so affermare anche un generale principio di favore nei confronti degli attori stranieri, in particolare nei casi in cui il convenuto sia cittadino britannico. Ciò pare confermato, del resto, dall'affermazione secondo la quale l'apprezzamento discrezionale non può tener conto d'interessi generali non riferibili a diritti delle parti.

È pienamente condivisibile, in proposito, il dissenso manifestato dai giudici inglesi rispetto alla posizione assunta dalla giurisprudenza statunitense nel famoso caso Bhopal. La Corte d'Appello Federale (competente anche per lo Stato di New York) non si limitò - in quel caso - ad allinearsi all'evoluzione inglese con il definitivo abbandono di qualsiasi riferimento all'abuso del processo e l'accoglimento di una sorta di presunzione d'irragionevolezza della iniziativa dell'attore innanzi al giudice straniero, ma tenne discutibilmente conto - sia pure non ufficialmente - anche dell'intento di deflazionare le corti (e non penalizzare con draconici *punitive damages* importanti operatori economici) statunitensi. Intento, questo, che invece non dovrebbe svolgere alcun ruolo ove contrasti con la protezione dei diritti dei contendenti e il generale interesse dell'ordinamento alla *substantial justice*.

#### 6. Il sindacato sul *trial judgment*: oltre il *misunderstanding of the law or evidence*?

Com'è noto, nel sistema inglese il sindacato - da parte delle Corti superiori - dell'apprezzamento discrezionale del *trial judge* può ammettersi soltanto per falsa applicazione di norme di legge o errore di fatto (34). E l'onere che grava, in proposito, su colui che propone l'impugnazione è particolarmente severo. Pur fondandosi sul rilievo che il *trial judge* e la *Court of Appeal* non avevano tenuto adeguatamente conto delle prove fornite dall'attore circa l'impossibilità di accedere alle necessarie risorse economiche nel sistema sudafricano, la *House of Lords*, nel pervenire alla propria decisione, ha tuttavia ignorato circostanze che avrebbero potuto orientarla diversamente.

In effetti la complessità della gestione delle *group actions* avrebbe potuto consentire di ovviare alla mancanza del gratuito patrocinio

mediante un cosiddetto *contingency fee agreement*, che i Lords non hanno preso in considerazione ritenendo improbabile che avvocati sudafricani siano disposti ad assumere i rischi connessi ad azioni così articolate (35). Va però osservato, in proposito, che gli attori non avevano neppure tentato di concludere un tale accordo e che, anzi, quasi la metà di essi era rappresentata - innanzi al giudice inglese - da avvocati sudafricani (36).

Omettendo di tenere conto di tali circostanze la Corte sembra - ancor qui - aver voluto privilegiare l'affermazione di un generale principio di apertura agli attori stranieri. La sentenza in commento, allora, non soltanto innova sensibilmente nel delineare il panorama dei fattori rilevanti per la valutazione di convenienza del foro, ma apre nuove prospettive circa la possibilità, per le Corti superiori, di capovolgere le decisioni del *trial judge*: non soltanto sulla rigorosa base del *misunderstanding of law or evidence*, ma anche consentendo di ripercorrere le varie tappe degli apprezzamenti discrezionali in tema di *forum non conveniens*.

Roberto Marengo, Prof. ass. Univ. Suor Orsola di Napoli

(34) A ciò sembra corrispondere il "*misunderstanding of the law or evidence*" cui fa riferimento la pronuncia *Hadmor Productions Ltd v. Hamilton* [1983] 1 A.C. 191, 220.

(35) Com'è noto, il *contingency fee agreement* consiste nel subordinare il compenso dei difensori al buon esito del giudizio. Tale accordo, pertanto, dipende non soltanto da valutazioni circa la fondatezza in fatto della pretesa, dal numero di consulenti di parte necessari e dalle eventuali possibilità di pervenire ad una transazione, ma anche dalla complessità della gestione processuale del caso. Peraltro, nel caso in commento l'impossibilità di concludere un tale accordo non è apparsa così chiara. Il che fa ritenere che la Corte abbia inteso forzare la fattispecie, nell'intento di affermare un generale principio di apertura agli attori stranieri.

(36) Per tale rilievo si veda Sinclair, *Funding Decisive: Asbestos Group Action to Proceed in England*, in *LMCLQ* 2000, 197 ss.

\* \* \*

TRIBUNALE FEDERALE SVIZZERO, I Corte civile, 14 maggio 2001 - Fomento de Construcciones y Contratas SA, à Madrid / Colón Container Terminal SA, à Eldorado (Panama)  
Pres. Walter - Giudici Leu, Corboz, Klett e Nyffeler

Arbitrato - Pendenza di un giudizio arbitrato in Svizzera - Pendenza di un parallelo procedimento giurisdizionale straniero - Litispendenza - Applicabilità - Fattispecie.

### Prevalenza del processo straniero "riconoscibile" sull'arbitrato svizzero prevenuto (Fomento dopo Condesa)

#### 1. Premessa

A distanza di poco più di tre anni dalla pronuncia sul caso *Compañía Minera Condesa SA & Compañía de Minas Buenaventura SA v. BRGM-Pérou SAS* (19 dicembre 1997, ATF 124 III 83), che ha sollevato discussioni, in seno alla dottrina svizzera, non del tutto ad ora sopite, il Tribunale Federale (di seguito TF) torna ad occuparsi del tema della contemporanea pendenza della medesima causa tra le stesse parti dinanzi ad un giudice statale (straniero) e ad un giudice arbitrato (con sede in Svizzera), e per la prima volta sancisce l'applicabilità ai rapporti giudice-arbitro dell'istituto della litispendenza di cui all'art. 9 della Legge svizzera di diritto internazionale privato (di seguito LDIP).

#### 2. In estrema sintesi, i fatti

La società panamense *Colon Container Terminal SA* (di seguito

*Un tribunale arbitrale con sede in Svizzera deve sospendere il procedimento arbitrale se tra le stesse parti pende all'estero un procedimento giurisdizionale relativo alla medesima causa, ove debba ritenersi che il giudice straniero renderà, entro un tempo ragionevole, una decisione suscettibile di essere riconosciuta in Svizzera\*.*

CCT) incarica la società spagnola *Fomento de Construcciones y Contratas SA* (di seguito FCC) dell'esecuzione di alcuni lavori finalizzati alla realizzazione di una stazione portuale a Panama. Il contratto prevede che le eventuali controversie ad esso attinenti siano decise da uno o più arbitri mediante procedimento disciplinato dalle regole di conciliazione ed arbitrato della ICC e, in subordine, dal diritto processuale civile svizzero. La legge sostanziale applicabile al contratto è quella panamense. A seguito di una disputa attinente all'esecuzione del contratto, si giunge alla risoluzione

\* Il testo della sentenza è rintracciabile gratuitamente, in formato html, sul sito Internet del Bundesgericht di Losanna, <http://www.bger.ch/index.cfm?language=italian&area=Jurisdiction&theme=system&page=content&askid=220>, inserendo nella maschera di ricerca il numero di registro 4P.37/2001. Superflua ne è quindi la pubblicazione per esteso.

ne dello stesso. Il 12 marzo 1998 FCC, per convalidare misure cautelari ottenute *ante causam*, propone dinanzi alle autorità giurisdizionali di Panama una domanda contro CCT. Questa eccepisce l'esistenza di una clausola compromissoria. Il 26 giugno 1998 il giudice di primo grado rigetta l'eccezione in quanto non sollevata tempestivamente, applicando l'art. 1414, c. 2, c.p.c. panamense, ai sensi del quale «le parti possono, di comune accordo, rinunciare per iscritto all'arbitrato prima dell'inizio del processo. Un simile accordo si presume se, una volta proposta la domanda dinanzi al giudice ordinario, l'altra parte non menzioni l'esistenza della clausola compromissoria entro il termine fissato per la (presentazione della comparsa di) risposta». Il 30 settembre 1998 CCT dà inizio alla procedura arbitrale. Il collegio, composto di tre arbitri, ha sede in Svizzera, a Ginevra. FCC fa valere l'incompetenza del giudice arbitrale, sostenendo che, a seguito dell'instaurazione del giudizio ordinario panamense e della mancata tempestiva proposizione dell'eccezione da parte della CCT, entrambe le parti avrebbero rinunciato ad avvalersi della clausola compromissoria.

Nel frattempo, il giudice di secondo grado della Repubblica di Panama, riformando la sentenza emessa in primo grado, riconosce che l'eccezione di arbitrato era stata in primo grado sollevata tempestivamente. Il collegio arbitrale ritiene di conformarsi alla valutazione compiuta dall'autorità giudiziaria di seconda istanza e conseguentemente, con pronuncia interlocutoria del 30 novembre 2000, si dichiara competente a conoscere nel merito della controversia. Indi la Corte Suprema di Panama, in riforma della decisione di secondo grado, ribadisce l'intempestività dell'eccezione di arbitrato proposta in primo grado, disponendo la prosecuzione del procedimento dinanzi alle autorità giudiziarie panamensi competenti. In conseguenza di tale ultima decisione, la FCC propone ricorso "di diritto pubblico" al TF svizzero (ai sensi dell'art. 190 ss. - art. 85 lett. c OJ - LDIP), chiedendo l'annullamento del lodo perché il collegio, violando la regola sulla litispendenza, a torto si sarebbe ritenuto competente a conoscere della controversia tra FCC e CCT.

### 3. La decisione del Tribunale Federale

Il TF svolge una serie di considerazioni preliminari. La sospensione del processo in caso di litispendenza è una regola di competenza (ATF 123 III 414 consid. 2b) e non invece una semplice regola di procedura. Come tale la sua violazione può ben rilevare ai sensi e per gli effetti dell'art. 190 al. 2 lett. b LDIP. Richiamandosi alla propria giurisprudenza, il TF ribadisce che la coesistenza, all'interno dello stesso sistema giuridico, di due decisioni giudiziarie sulla stessa causa e tra le stesse parti, egualmente e contemporaneamente esecutive, viola un principio di ordine pubblico (ATF 116 II 625 consid. 4). La regola della litispendenza, che mira a paralizzare la competenza del giudice adito per secondo, avrebbe per scopo proprio di impedire tale possibilità e deve considerarsi applicabile, oltre che sul piano interno, anche su quello internazionale, a condizione che la decisione straniera sia riconoscibile in Svizzera (ATF 114 II 183 consid. 2b).

Prosegue il TF: le decisioni arbitrali hanno la stessa efficacia di accertamento ed esecutiva delle decisioni giudiziarie; sussiste dunque lo stesso interesse ad evitare decisioni arbitrali e giudiziarie contraddittorie sulla medesima causa; un tribunale arbitrale è vincolato da una decisione di un giudice straniero passata in giudicato che abbia statuito sulla propria competenza; l'istituto della litispendenza e quello della autorità di cosa giudicata sono strettamente correlati ed ispirati alla medesima ratio. Di qui l'asserita inevitabile conclusione: *l'arbitro adito per secondo deve sospendere il proprio procedimento fino all'emanazione della decisione da parte di un tribunale statale straniero, se questa sia suscettibile di essere riconosciuta ed eseguita in Svizzera. Si dovrebbe, cioè, fare applicazione, in via analogica, anche ai rapporti tra arbitrato interno e giudizio statale straniero, della regola della litispendenza internazionale di cui all'art. 9 LDIP (1).*

Il TF ritiene prive di pregio le possibili obiezioni alla soluzione da esso prospettata. In primo luogo, il fatto che la sospensione del secondo procedimento si imponga solo se il giudizio previamente instaurato sia in grado di produrre una decisione riconoscibile in Svizzera, sarebbe rimedio sufficiente ai pericoli costituiti da giudici

statali instaurati in Paesi con una legislazione ostile all'arbitrato. Una decisione resa in violazione di una clausola compromissoria valida ed efficace (che abbia cioè omesso, in una simile circostanza, di rinviare le parti all'arbitrato) non sarebbe infatti suscettibile di essere riconosciuta in Svizzera (ATF 124 III 83 consid. 5b). In secondo luogo, in senso contrario all'applicazione analogica dell'art. 9 LDIP non potrebbe nemmeno addursi l'esistenza di una presunta competenza privilegiata o prevalente del giudice arbitrale - rispetto a quella del giudice statale - a statuire sulla propria competenza (il cosiddetto effetto negativo del principio *compétence-compétence*, sul quale v. Gaillard, *L'effet négative de la compétence-compétence, Etudes en l'honneur de J.F. Poudret*, Lausanne, 1999, 387 ss.): nessun fondamento normativo per una simile tesi è infatti ravvisabile nell'ordinamento svizzero.

Sulla questione della mancata tempestiva proposizione da parte della CCT dell'eccezione di arbitrato dinanzi ai giudici panamensi, il TF ritiene senza dubbio possibile che una clausola compromissoria sia sostituita da un accordo ulteriore e che un tale accordo possa risultare per *facta concludentia*: nel caso di specie il comportamento di FCC che ha adito il giudice di Panama poteva senz'altro interpretarsi come proposta rivolta alla controparte (e quindi come volontà) di rinunciare alla convenzione d'arbitrato. Per sapere, peraltro, se la CCT ha in concreto accettato l'offerta (omettendo nella specie di sollevare l'eccezione di patto compromissorio *in tempo utile*), non ci si può riferire - secondo il TF - né alla Conv. di New York né alla LDIP, ma esclusivamente alla *lex fori* del giudice statale adito (ATF 111 II 62 consid. 2). La questione deve dunque essere risolta in base al diritto panamense, che le autorità giudiziarie di quel paese sono senza dubbio in una migliore condizione per conoscere ed applicare. Non avendo in ogni caso l'arbitro applicato l'art. 9 LDIP, è infine pronunciato l'annullamento del lodo.

### 4. Analisi della decisione

La sentenza che qui si annota è meno "rivoluzionaria" di quanto ad una prima lettura si possa pensare e di quanto in un primo tempo ritenuto dalla comunità giuridica (arbitrale, soprattutto) svizzera. Non sembrano pertanto fondati i timori da più parti manifestati (e di cui è fatta menzione in Scherer, *When should an arbitral tribunal sitting in Switzerland confronted with parallel litigation abroad stay the arbitration?*, ASA Bull. 2001, 451) sul fatto che una delle parti del patto compromissorio, non più intenzionata a percorrere la via arbitrale, possa, a seguito e in conformità dei principi affermati dalla sentenza, sostanzialmente impedire lo svolgimento di un arbitrato avente sede in Svizzera mediante la semplice previa instaurazione all'estero di un giudizio statale.

Il TF ha bensì sancito per la prima volta espressamente l'applicabilità della regola della litispendenza ex art. 9 LDIP ai rapporti giudice straniero-arbitro con sede in Svizzera. La norma menzionata, tuttavia, non prevede in realtà un'ipotesi "pura" di litispendenza assimilabile al nostro art. 39 c.p.c., in quanto subordina l'arresto del secondo procedimento non solo alla verifica dell'effettiva previa instaurazione di quello pendente sulla stessa causa (oltre che, ovviamente, al riscontro dell'identità delle due cause), ma anche ad una prognosi positiva circa l'idoneità della (futura) decisione pronunciata nel giudizio straniero ad essere riconosciuta ed eseguita in Svizzera. Prognosi che in base alle norme della LDIP deve tener conto, fra l'altro, della sussistenza o meno della giurisdizione in capo al giudice straniero, secondo i parametri del diritto svizzero.

Più che costituire l'affermazione di una nuova disciplina nei rapporti giurisdizione statale-arbitrato, la sentenza nel caso *Fomento* sembra piuttosto inserirsi nel solco tracciato dalla decisione del TF nel caso *Condesa Buenaventura* del dicembre 1997 (ATF 124 III

(1) L'articolo 9 LDIP così recita, nella versione italiana ufficiale: «[1] Se un'azione concernente lo stesso oggetto è già pendente all'estero tra le stesse parti, il tribunale svizzero sospende il procedimento laddove sia presumibile che il tribunale estero prenda, entro congruo termine, una decisione riconoscibile in Svizzera. [2] Determinante per la litispendenza in Svizzera è il momento del primo atto procedurale necessario all'introduzione dell'azione. A tal fine, basta l'apertura della procedura di conciliazione. [3] Il tribunale svizzero stralcia la causa dal ruolo appena gli sia presentata una decisione straniera riconoscibile in Svizzera».

83), di essa costituendo un sostanzialmente coerente e tutto sommato armonico sviluppo. In quest'ultima la questione se il giudice arbitrale dovesse ordinare o meno una sospensione del procedimento in applicazione dell'art. 9 della LDIP era stata lasciata aperta dal momento che, in ogni caso, la decisione peruviana non era idonea ad essere riconosciuta in Svizzera. Il rifiuto del giudice peruviano di dare esecuzione all'accordo arbitrale integrava infatti per il Tribunale una violazione dell'art. II (3) Conv. New York, che impediva di riconoscere, in capo al medesimo giudice, la competenza internazionale indiretta ai sensi degli artt. 25 ss. LDIP. Il riferimento al requisito della riconoscibilità in Svizzera della decisione straniera, quello alla sussistenza della giurisdizione internazionale (indiretta) del giudice straniero, il richiamo infine alla regola di cui all'art. II, c. 3, Conv. New York, sono gli elementi essenziali che il TF nella decisione *Condesa Buenaventura* prende in considerazione al fine di stabilire se il giudice arbitrale abbia o meno la competenza a decidere (prima di tutto sulla sussistenza della propria competenza e poi) nel merito. Pur se il TF dichiara di lasciare formalmente senza decisione la questione circa l'applicabilità, nel caso di specie, dell'art. 9 LDIP, sembra in realtà farne concreta applicazione: il giudice arbitrale non doveva sospendere il procedimento proprio perché, ai sensi dello stesso art. 9 LDIP, la decisione straniera non era riconoscibile in Svizzera (per una critica alla decisione in esame, veda: Vulliamin: *Compétence et pouvoir d'examen du juge sur exception d'arbitrabilité au regard de l'art. 9 LDIP*, ASA Bull. 1998, 372 ss.).

Parimenti, in *Fomento*, il TF stabilisce che l'arbitro deve sospendere il procedimento pendente dinanzi a sé in attesa della decisione dei giudici panamensi, ma contestualmente afferma che tale soluzione non deve considerarsi come pregiudizievole per l'arbitrato e come attentato alla volontà delle parti di ricorrervi, perché la decisione di sospendere il procedimento è comunque subordinata ad una prognosi positiva circa la riconoscibilità in Svizzera della decisione straniera (2). L'elemento decisivo in entrambe le decisioni (*Condesa* e *Fomento*) è dunque la prognosi che l'arbitro deve compiere circa la riconoscibilità in Svizzera della decisione del giudice straniero, prima di poter eventualmente sospendere il procedimento. Se la decisione straniera non è riconoscibile, allora l'arbitro non dovrà arrestarsi (o declinare la propria competenza).

##### 5. La prognosi di riconoscibilità della decisione straniera ai sensi dell'art. 9 LDIP

La prognosi di riconoscibilità ai sensi dell'art. 9 LDIP rimanda necessariamente - in mancanza di trattati bilaterali tra la Svizzera e il paese in cui si svolge il giudizio, ovvero di conv. internazionali su riconoscimento ed esecuzione di sentenze straniere cui gli Stati interessati siano membri - agli articoli 25 ss. LDIP. Presupposto per il riconoscimento è che il giudice straniero, dal punto di vista del diritto svizzero, sia competente a decidere nel merito (*compétence internationale indirecte*). Peraltro, come affermato dallo stesso TF in *Condesa*, in forza della riserva a favore di convenzioni internazionali contenuta nell'art. 1, c. 2, LDIP, ai fini della determinazione della sussistenza della giurisdizione "indiretta" del giudice straniero chiamato a conoscere di una lite relativamente alla quale sia stata stipulata una clausola compromissoria, è necessario tener conto del disposto dell'art. II, c. 3, Conv. New York (l'applicabilità della Conv., giusta la riserva di cui all'art. 1, c. 2, LDIP, è però contestata da Perret, *Parallel actions pending before an arbitral tribunal and a state court: the solution under Swiss law, Arbitration and State courts: who must defer to whom?*, ASA Bull. Special Series 2001, 71, nt. 15). Ove sussista una valida clausola compromissoria, il giudice straniero sarà privo di competenza internazionale indiretta e la sua decisione, emessa in violazione dell'art. 2, c. 3, Conv. New York, non sarà riconoscibile in Svizzera (3).

Da entrambe le decisioni, dal loro dispositivo così come dalla loro motivazione si ricavano dunque questi principi. La priorità dell'instaurazione del giudizio statale straniero non ha quel decisivo rilievo che potrebbe all'apparenza supporre. L'arbitro con sede in Svizzera, per sospendere il procedimento ai sensi dell'art. 9 LDIP (come affermato in *Fomento*) o comunque prima di dichiararsi incompetente (come sembra ricavarsi da *Condesa*), deve verificare che la causa sia la stessa, che la decisione straniera possa essere

emanata in tempi ragionevoli, che essa sia suscettibile di essere riconosciuta in Svizzera. Quanto a quest'ultimo punto - dirimente - e in conformità alla giurisprudenza del TF, l'arbitro dovrà valutare la sussistenza della giurisdizione indiretta del giudice straniero, la quale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 25 lett. a LDIP, 1, c. 2, LDIP e 2, c. 3, Conv. New York, non sussiste se si è in presenza di una clausola compromissoria valida ed efficace. L'arbitro riterrà non riconoscibile la decisione che il giudice straniero eventualmente emerterà in violazione di detta clausola e potrà proseguire il procedimento.

##### 6. Il nodo da sciogliere: la legge che disciplina validità ed efficacia della convenzione arbitrale

La questione fondamentale, solo accennata in *Fomento* e praticamente trascurata in *Condesa*, diventa allora quella di stabilire quale sia la legge secondo cui deve valutarsi la validità e l'efficacia della clausola compromissoria. Ed è in relazione a questo problema - soprattutto per alcuni riferimenti alla *lex fori* del giudice straniero adito contenuti nella sentenza *Fomento* - che si spiegano i timori di parte della dottrina svizzera (già manifestatisi all'indomani della pronuncia sul caso *Condesa*: cfr. Perret, *Parallel actions*, cit., 65 ss.) circa la possibilità che il rinvio alla legge di un Paese ostile all'arbitrato abbia l'effetto di paralizzare - ai sensi dell'art. 9 LDIP - procedimenti arbitrali svizzeri che secondo il diritto elvetico sarebbero perfettamente legittimi.

Se dalla sentenza in epigrafe si dovesse ricavare il principio per cui l'arbitro deve valutare la sussistenza della giurisdizione indiretta del giudice straniero (ovverosia l'esistenza e validità della clausola compromissoria) secondo la *lex fori* del giudice straniero adito (in questo senso ritiene debba essere letta la decisione nel caso *Fomento* Liatowitsch, *Die Anwendung der Litispendenzregeln von Art. 9 IPRG durch Schweizerische Schiedsgerichte: ein Paradoxon? Überlegungen zu einem Bundesgerichtsentscheid vom 14 Mai 2001 im Lichte von BGE 124 III 83*, ASA Bull. 2001, 422 ss., per il quale di violazione dell'art. II, c. 3, Conv. New York da parte del giudice straniero si potrebbe in effetti parlare solo se questi deve, secondo la propria *lex fori*, rinviare le parti all'arbitrato e omette, invece, di farlo), allora veramente la portata innovativa di essa sarebbe notevole: sussisterebbe il rischio che un giudizio previamente instaurato in un Paese che adotti una legislazione restrittiva e poco favorevole all'arbitrato sia idoneo a integralmente vanificare - in virtù del già accennato gioco di rinvii imposto dall'art. 9 LDIP - la scelta delle parti per un arbitrato in Svizzera. E non si potrebbe allora non condividere l'opinione di chi riterrrebbe la decisione in epigrafe, proprio perché così radicalmente "innovativa", in insanabile contrasto con i principi del diritto arbitrale svizzero e del diritto processuale internazionale come sino ad ora interpretati ed applicati (Liatowitsch, *Die Anwendung*, cit., 429 ss.).

Se invece - come ritengono altri commentatori (Vullemmin, *Litispendance et compétence internationale indirecte du juge étranger*, Note sous ATF 127 III 279, ASA Bull. 2001, 439 ss.; Scherer, *When should an arbitral tribunal*, cit., 451 ss.) in conformità all'opinione consolidata in seno alla dottrina svizzera - la sentenza va interpretata nel senso che l'arbitro valuterà la clausola compromissoria secondo il diritto svizzero, allora la sua portata innovativa (e pregiudizievole nei confronti dell'arbitrato) scema notevolmente. L'impressione è che sia da condividere questa seconda opinione. Il richiamo che il

(2) In un passo della decisione si legge: «Il n'y a pas lieu de prendre en considération ici le risque qu'un tribunal étranger, par une sorte d'hostilité à l'égard de la justice arbitrale, se refuse à tenir compte d'une convention d'arbitrage. En effet, un tel jugement ne serait pas susceptible d'être reconnu en Suisse (ATF 124 III 83 consid. 5b). Or, le principe de la chose jugée et le principe de la litispendance ne s'appliquent qu'à l'égard d'un jugement étranger susceptible d'être reconnu en Suisse (ATF 114 II 183 consid. 2b)».

(3) V. ancora la decisione *Condesa*, ATF 124 III 83: «Einem ausländischen Gericht, das trotz Vorliegens der Voraussetzungen von Art. II NYÜ die Parteien nicht auf das schiedsgerichtliche Verfahren verweist, sondern die Streitsache selbst an die Hand nimmt, fehlt mithin die indirekte Zuständigkeit im Sinne von Art. 25 lit. A IPRG, und dessen Entscheid kann in der Schweiz nicht anerkannt werden».

TF fa, nel caso in esame, alla *lex fori* del giudice statale adito è finalizzato non tanto alla valutazione della esistenza e validità della clausola compromissoria, quanto alla verifica del fatto che l'eccezione di arbitrato sia stata o meno sollevata in tempo utile. È poi in base al diritto svizzero che il TF, a seguito dell'eventuale accertamento da parte del giudice panamense della ormai verificatasi preclusione processuale, ricollega a questa l'effetto di accordo tacito derogatorio del patto compromissorio (così, anche, Scherer, *When should an arbitral tribunal*, cit., 455), ovvero della non (più) operatività del patto medesimo, che è quanto dire della non insussistenza della competenza internazionale - secondo il diritto svizzero - del medesimo giudice panamense che deve (*in thesi*) pronunciare nel merito nonostante la sussistenza di un (non certo nullo o invalido, ma perlomeno) non più operativo patto arbitrale.

Emerge, in ogni caso, come l'applicazione dell'art. 9 LDIP, più che sancire l'applicabilità ai rapporti giudice-arbitro della regola della litispendenza, non sia altro che una riaffermazione del principio *compétence-compétence* (inteso nel suo *effetto positivo*, nel senso cioè che il giudice e l'arbitro sono giudici, prima di tutto, della propria competenza): principio che, uscito dalla porta, entra dalla finestra della prognosi di riconoscibilità. Se infatti l'arbitro ritiene che, secondo il diritto (presumibilmente, come si è visto) svizzero, la clausola è valida, ciò significa che non sussiste la competenza indiretta del giudice straniero proprio perché sussiste la propria. La decisione straniera non sarà riconoscibile in Svizzera e l'arbitro potrà tranquillamente proseguire il procedimento. Se l'arbitro ritiene che la clausola compromissoria (sempre secondo il diritto svizzero) sia invalida, inefficace, inoperante, dovrà concludere per la sussistenza - sotto questo profilo - della competenza indiretta del giudice straniero proprio perché non sussiste la propria competenza. La decisione straniera sarà, sotto questo profilo, riconoscibile e l'arbitro dovrà sospendere il procedimento.

Là dove è chiaro che, se i due giudici, nell'autonomamente valutare la propria competenza mediante la verifica della validità della clausola compromissoria, applicheranno leggi diverse, potrà riproporsi, a prescindere dall'applicazione della norma sulla litispendenza internazionale, il rischio di *parallel proceedings* e di conseguenti decisioni potenzialmente contraddittorie: problema, questo, tra i più dibattuti con riferimento all'art. II, c. 3, Conv. New York (sul tema v. di recente Van Houtte, *Parallel proceedings before state courts and arbitration tribunals. Is there a transnational lis alibi pendens exception in arbitration or jurisdiction conventions?*, ASA Bull. Special Series, 2001, 35 ss.; nonché Consolo, *Concorrenza fra arbitrato interno o internazionale e giudizio ordinario (evoluzioni e dibattiti)*, in *Nuovi problemi di diritto processuale internazionale*, Milano, 2002, 513 ss.

Di opinione nettamente contraria all'impostazione che precede è Poudret (nota alla sentenza in epigrafe, R. *arbitrage* 2001, 848 ss.). L'A. ritiene che l'intento del TF in *Fomento* fosse proprio quello di evitare la (potenziale) duplicazione di procedimenti (conseguente a divergenti valutazioni inerenti alla competenza arbitrale) e poi di decisioni nel merito, assicurando un ordine di priorità (cronologica) all'una rispetto all'altra. Le tesi dei primi commentatori sarebbero pertanto da respingere, nella misura in cui, favorendo una duplice decisione sulla competenza arbitrale in base a norme plausibilmente divergenti (è improbabile, infatti, che il giudice straniero giudichi della clausola in base al diritto svizzero), finiscono per avallare il rischio di *parallel proceedings* e di conflitto di decisioni (su competenza e merito).

La giurisprudenza del TF ha invece sancito - ricorda Poudret - l'obbligo della sospensione del secondo procedimento ex art. 9 LDIP «chaque fois que l'on ne peut raisonnablement exclure que la procédure pendante entre les mêmes parties à l'étranger débouche, dans un délai convenable, sur une décision susceptible d'être reconnue en Suisse» (così ATF 118 II 188, cons. 2b): si potrà dunque evitare la sospensione se e solo se appare davvero improbabile il riconoscimento della decisione straniera (sempre secondo il TF «s'il n'y a aucune chance»: ATF, *ibidem*). Escludere la sospensione ex art. 9 LDIP allorché si sia in presenza di una clausola di *electio fori* validamente conclusa - cui può assimilarsi, per Poudret, una clausola compromissoria - priverebbe di senso tale disposizione, il cui scopo è proprio quello di coordinare le competenze nelle ipotesi in cui coesi-

stano più fori alternativi o sussidiari (ATF 127 III 118, cons. 3d). L'A. non chiarisce tuttavia come (e quando) sia possibile conciliare l'una ipotesi (l'esistenza di una clausola compromissoria non "rispettata") e l'altra (la probabilità di futuro riconoscimento): ed è profilo non secondario.

L'A. mostra di sostanzialmente condividere la soluzione adottata dal TF, auspicandone addirittura l'applicabilità anche ai casi di litispendenza interna, ai rapporti cioè tra un arbitro e un giudice statale aventi entrambi la loro sede in Svizzera. Egli sembra tuttavia smentirsi allorché, di fronte alla possibile obiezione che la soluzione di cui all'art. 9 LDIP potrebbe prestarsi ad usi distorti ad opera della parte che intende impedire il ricorso alla via arbitrale, sostiene che si potrebbe in effetti pensare ad una deroga (ma solo se l'arbitro è stato adito per secondo) al criterio cronologico della litispendenza, attribuendo *priority* nella decisione sulla (propria) competenza all'arbitro e indi al giudice del ricorso del luogo sede dell'arbitrato. Questi sarebbero infatti i giudici *naturali* della convenzione di arbitrato, non solo perché la sede e le autorità di essa sono generalmente scelte direttamente dalle parti, ma anche perché è il diritto da loro applicato quello che regge in principio la validità della convenzione di arbitrato. Si tratta di una proposta che in qualche modo *depotenzia* la portata della sentenza *Fomento* (anche se in modo diverso dalle tesi dei primi commentatori in apertura analizzate), finendo in sostanza per avallare e confondersi con il tanto criticato, inizialmente, dall'A., effetto negativo della *compétence-compétence*.

#### 7. La dottrina e la giurisprudenza svizzere sul tema dei rapporti arbitro-giudice prima della decisione in *Fomento*

Per il TF l'applicabilità dell'art. 9 LDIP anche ai rapporti tra giudice (svizzero o straniero) e arbitro è soluzione propugnata dalla dottrina svizzera maggioritaria. Affermazione che si trova già in Perret (*Parallel proceedings*, cit., 67), ma è contestata da Liatowitsch (*Die Anwendung*, cit., 425, nt. 7) e Poudret (*Nota*, cit., 847), cui si rimanda per i vari *distinguo* che essi operano nell'illustrare la posizione dei vari Autori espressi sul tema. Prescindendo dal contrasto sull'applicabilità della regola della litispendenza, altro contrasto si registra in dottrina relativamente alla necessità che si applichi una disciplina normativa diversa a seconda che la sede dell'arbitrato si trovi o meno in Svizzera (per riferimenti, Poudret, *Nota*, cit., 842 ss.). La tesi "dualistica" - condivisa, così sembra, dal TF (ATF 121 III 38, ASA Bull., 1995, 503, cons. 2 principio, e ATF 122 III 139, cons. 2b) - rimanda, per l'ipotesi di arbitrato interno ed estero, agli articoli, rispettivamente, 7 LDIP (ai sensi del quale: «*Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que: b. Le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée*») e II, c. 3, Conv. New York. Le due norme divergono essenzialmente in ciò, che solo la seconda richiede, per la rilevanza dell'eccezione di compromesso, un'apposita istanza di parte.

Quanto al principio *compétence-compétence*, l'opinione maggioritaria in dottrina (Wenger in BaK: *Internationales Privatrecht*, art. 186 nota 9, 1572; Lalive-Poudret-Reymond: *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989, art. 7 nt 4, 286 e nt 7, 288 e art. 186, nt 17, 386; Volken, *IPRG Kommentar*, art. 7, Nr. 26 ss. e 61 ss.; Vischer-Huber-Oser, *Internationales Vertragsrecht*, Berne, 2000, Nr. 1461, 666) ritiene che esso, a differenza di quanto avviene nel sistema francese (art. 1458 n.c.p.c., applicabile sia all'arbitrato interno sia a quello internazionale) e, parzialmente, nel sistema della Conv. di Ginevra allorché il giudizio arbitrale sia stato introdotto per primo, non dia luogo al cd. *effetto negativo*: se è insomma idoneo a legittimare un collegio arbitrale a statuire sulla propria competenza, non avrebbe per contro l'effetto di attribuire a quest'ultimo una *priority* cronologica quanto alla decisione medesima, obbligando contestualmente il giudice statale ad astenersi da qualsivoglia pronuncia (preliminare e di merito) in attesa della pronuncia arbitrale (sia stato o meno già costituito il tribunale arbitrale) (vedi, in questo senso, Poudret, *Nota*, cit., 847, per il quale il silenzio in proposito del capitolo 12 LDIP è incompatibile con l'attribuzione all'arbitro di una simile *priority* "cronologica").



Peraltro, in un recente *obiter dictum* (ATF 121 III 38-42), il TF ha sostenuto che, quando un giudice arbitrale ha la propria sede in Svizzera, un giudice statale svizzero dovrebbe procedere ad un esame solo sommario (*prima facie*) circa esistenza e validità della clausola compromissoria: ciò che secondo la maggioranza della dottrina francese (così Perret, *Parallel actions*, cit., 67) equivarrebbe all'effetto negativo del concetto di *compétence-compétence*, sotto tutti i punti di vista (Fouchard-Gaillard-Goldman, in *International Commercial Arbitration*, Parigi, 1999, a § 675, 409). Nota peraltro correttamente Poudret (Nota, cit., 843 ss., come pure Cottier, *Remarques sur l'application de l'art. II de la Convention de New York*, ASA Bull. 1995, 387 ss.) che la limitazione del potere del giudice statale di esaminare la clausola compromissoria, oltre a non trovare alcun appiglio normativo, è in ogni caso ben lungi dal poter essere accostata all'effetto negativo del principio *compétence-compétence*, non comportando in sé un obbligo del giudice di astenersi dal pronunciare sulla competenza arbitrale nell'ipotesi di già avvenuta costituzione del collegio arbitrale.

#### 8. Due passaggi poco convincenti della decisione in *Fomento*

a) *La necessità che l'arbitro, a seguito della prognosi positiva circa la riconoscibilità in Svizzera della decisione straniera, sospenda il procedimento.* Risulta difficile comprendere perché l'arbitro, a seguito di una simile prognosi positiva (effettuata nei modi e secondo i criteri in precedenza visti), debba sospendere il procedimento. Tale prognosi positiva presuppone (se si aderisce alla interpretazione da più parti avanzata: v. *supra*) che l'arbitro riconosca *non valida* (o non operante) la clausola compromissoria e, dunque, non sussistente la propria competenza. Non pare sensato imporre ad esso, in luogo di una declinatoria in rito, la sospensione del procedimento. L'unica applicazione "ragionevole" del meccanismo *de quo* potrebbe pensarsi per i casi simili a quello qui deciso. La clausola non è invalida, ma semplicemente inoperante per intervenuta preclusione processuale. In caso di estinzione del giudizio ordinario, dunque, l'arbitro potrebbe riprendere il procedimento. Peraltro - con ciò smentendo anche questa residua possibile ragionevole ricostruzione - è lo stesso TF a statuire che la preclusione processuale debba essere letta in termini di rinuncia consensuale delle parti al patto compromissorio, avente quindi effetto - caducatorio del patto compromissorio - già sul piano sostanziale (4). Non si spiega, allora e in definitiva, il motivo della sospensione (sul punto vedasi anche Liatowitsch, *Die Anwendung*, cit., 437).

b) *L'omessa tempestiva proposizione dell'eccezione di patto compromissorio quale rinuncia implicita ad avvalersi del patto stesso.* Lascia in verità perplessi il fatto che il TF abbia interpretato la condotta delle parti (l'iniziativa della FCC di adire i giudici di Panama e la proposizione intempestiva dell'eccezione d'arbitrato da parte della CCT) come una sorta di accordo tacito successivo avente l'effetto di porre nel nulla il patto compromissorio precedentemente stipulato. Interpretazione, oltretutto, fondata su un discutibile ragionamento: «on peut attendre d'une grande société, représentée par un avocat du lieu, qu'elle procède correctement si elle entend contester la compétence du tribunal étatique et se prévaloir de la convention d'arbitrage». La soluzione appare di dubbia tenuta. Difficilmente essa potrebbe trovare credito in Italia, indipendentemente dalla nazionalità dei giudici presso cui l'eccezione di compromesso non sia (stata) sollevata. Gli arbitri devono verificare se la controversia rientri o non rientri nell'oggetto dell'accordo compromissorio; ma ove la risposta su questo punto sia positiva, restano del tutto irrilevanti l'iniziativa presa da una delle parti davanti all'autorità giudiziaria (italiana e straniera) o l'omissione dell'altra parte nel sollevare dinanzi al giudice statale l'*exceptio compromissi*, in conseguenza di un'inerzia processuale del proprio procuratore o del rifiuto *tout court* di prendere parte al procedimento.

Si può a questo proposito menzionare l'interessante decisione di Coll. Arb., *Arbitrato C.C.I.*, n. 7407/HV, reso a Parigi il 28 settembre 1993 (riportato in *Arb.* 1994, 789, nota Giardina, *Autonomia della clausola compromissoria e rinuncia all'arbitrato*). Il collegio arbitrale, a fronte dell'argomento avanzato dal convenuto secondo cui l'attore aveva rinunciato ai diritti derivantigli dalla clausola arbitrale per non aver tempestivamente invocato tale clausola nella

procedura che gli era stata intentata di fronte al tribunale civile di Sint Maarten nelle Antille Olandesi, ha ritenuto di valutare il comportamento della società attrice in sede giudiziale non solo alla stregua della legge di procedura di Sint Maarten, ma anche in base al diritto italiano (legge che governava il contratto). E il collegio ha ritenuto non poter essere valutato come rinuncia implicita alla facoltà di avvalersi dell'arbitrato il comportamento della parte attrice nel procedimento arbitrale che aveva ommesso di proporre eccezione in sede giudiziale, proprio perché per l'ordinamento italiano la rinuncia ad un diritto deve risultare da un inequivoco comportamento e, in caso di dubbio, deve essere esclusa.

In verità, a favore degli effetti solo processuali dell'omessa proposizione dell'*exceptio compromissi* in sede giudiziale, militano una serie di considerazioni. La rinuncia, in mancanza di espressa previsione normativa, non si può presumere, ma deve scaturire da fatti certi e concludenti e non sempre il fatto/comportamento delle parti evidenzia una nitida volontà di abbandonare definitivamente la procedura arbitrale (soprattutto quando si tratti non di omissione *tout court*, ma di proposizione tardiva dell'eccezione) (così Schizzerotto, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 219; Cass., 8 agosto 1951, n. 2462, GI 1952, I, 1, 348). Vi è poi l'esigenza - affermata da costante giurisprudenza (*ex multis* Cass., 15 maggio 1998, n. 4906, GC 1998, 1046) - che il "contrarius consensus", ovvero il negozio "revocatorio", abbia forma identica rispetto a quello da revocare (per l'art. 807, c. 1, c.p.c. il compromesso deve essere fatto per iscritto a pena di nullità). Si è poi a ragione rilevato che i legali delle parti (cui va attribuito il mancato svolgimento dell'*exceptio*) non hanno, per regola, il potere di disporre dei diritti delle stesse, sì che una loro omissione non può esprimere o sostituire la volontà negoziale delle parti di sciogliersi dal vincolo derivante dal patto compromissorio (Coll. arb. 30 novembre 1993, *Arb* 1994, 343, nota ad. Marengo, *Conseguenze della omissione dell'exceptio compromissi*). Diverso il caso dell'*arbitrato irrituale*, relativamente al quale vi è convergenza in dottrina e giurisprudenza quanto agli effetti della mancata sollevazione dell'eccezione in sede giudiziale, identificati nella *risoluzione tacita* del patto compromissorio (ossia in un effetto sostanziale e non solo processuale: sul punto, Cass., 30 settembre 1990, n. 629, *Arb* 1991, 119, con richiami, e Grossi, *L'eccezione di incompetenza arbitrale come esercizio dell'alternativa tra giurisdizione ordinaria e arbitrato*, *Arb* 1991, 765, nt. 2).

Va detto in conclusione che la soluzione del TF in *Fomento* sembra discostarsi da quelle animate da un chiaro *favor arbitratus*, da quelle cioè che accordano priorità all'arbitro nel decidere della propria competenza (si pensi al meccanismo della *litispendenza unilaterale* - avallato di recente dalla Cass. italiana, dalla Conv. di Ginevra, sostenuto infine da parte della dottrina tedesca - o a quello della *litispendenza unilaterale*, si potrebbe dire "rinforzata", adottato dall'ordinamento francese: Lotti, *La riforma dell'arbitrato in Francia*, RTDPC 1983, 265; Loquin, *Compétence arbitrale, Juris classeur de procédure civile*, 1994, 15; ad esso può per certi versi accostarsi anche il sistema austriaco: Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien, 1990, 608, Nr. 1190, e 1073, Nr. 2183): più che mirare a garantire la scelta operata dalle parti e dunque la effettività (ad ogni costo) della via arbitrale, infatti, la giurisprudenza *Fomento* intende piuttosto evitare - una volta parificata, sotto il profilo della natura da attribuire al rispettivo finale pronunciamento, la giurisdizione arbitrale a quella ordinaria - il parallelismo di procedimenti sulla stessa causa, e la duplicazione di pronunce su competenza e merito, in favore dell'organo adito per primo. Lo si evince chiaramente dalla parte motiva della decisione, che persegue dunque la tutela della *judicial efficiency*, dell'economia processuale ('di sistema') e della certezza del diritto piuttosto che l'incondizionata prevalenza della via arbitrale: circostanza piuttosto peculiare, se si pensa che la Svizzera è paese *arbitration friendly* per antonomasia. L'argomenta-

(4) Così la sentenza: «Il n'est pas contestable qu'une convention d'arbitrage peut être remplacée par un accord ultérieur (ATF 121 III 495 consid. 5). Un tel accord peut résulter d'actes conclusifs (ATF 121 III 495 consid. 5a)».

re del TF si rivela d'altra parte semplicistico (lo sottolinea anche Poudret, *Nota*, cit., 846), laddove, rilevata la necessità di evitare decisioni contraddittorie relative alla competenza arbitrale, esso individua come unici possibili rimedi a tale rischio il ricorso all'istituto della *litispendenza* e dell'autorità della *cosa giudicata*. Moltiplici sono invero i rimedi ipotizzabili ed in concreto anche adottati dai diversi ordinamenti, sui quali peraltro non è possibile in una semplice nota soffermarsi.

#### 9. Arbitrato e litispendenza nell'ordinamento italiano

Per quanto attiene all'ordinamento italiano, si ricorda in sintesi che, sul piano interno, l'applicabilità dell'istituto della litispendenza ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria è generalmente negata, sulla base dell'affermazione che esso presuppone due giudici egualmente competenti, mentre nel caso in cui sussista una clausola compromissoria, o è competente il giudice o è competente l'arbitro (*ex multis* Cass. Sez. I, 17 aprile 1968, n. 1143, GC, II, 1968, 1892; Ricci - Ruosi, *Commento all'art. 11 (819-bis c.p.c.) L. 5 gennaio 1994*, n. 25, NLCC 1995, 516; *contra* Lepri, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, I co., c.p.c.*, *Arb* 1996, 375). La conseguenza è il cosiddetto sistema delle "vie parallele", per cui, in caso di valutazione divergente dei due organi aditi circa la validità della clausola compromissoria, non sussiste alcun mezzo per evitare la contemporanea pendenza di due procedimenti sulla stessa causa, essendo tutto rinviato alle fasi dell'impugnazione ed, eventualmente, alla spendita, nell'uno, del giudicato formatosi preventivamente nell'altro.

Due recenti sentenze della Cassazione (8 luglio 1996, n. 6205, CG 1996, 1007, nota Carbone, e 7 aprile 1997, n. 3001, GC 1997, I, 2451, nt. Giacobbe), ispirate ad un chiaro *favor arbitratu*, hanno peraltro mutato la disciplina del fenomeno. A seguito della costituzione del collegio arbitrale (per la prima decisione citata) ovvero a seguito della mera notificazione della domanda di arbitrato (per la seconda), il giudice statale perderebbe ogni potere di deliberare in ordine ad esistenza, validità e portata dell'accordo derogatorio della sua competenza, restando tale accertamento affidato in via esclusiva agli arbitri (per osservazioni - e critiche - alle pronunce della S.C. v. Vaccarella, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, *Arb* 1997, 329 ss.; Luiso, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, *Arb* 1997, 518 ss.; Consolo, *Litispendenza e connessione fra arbitri e giudizio ordinario*, *Arb* 1998, 659).

In relazione ad un'ipotesi simile a quella decisa dal TF in *Fomento* (rapporto tra arbitrato avente sede in Italia e giudizio straniero previamente instaurato), infine, in assenza di Convenzioni bi- o multi-laterali applicabili, non sembra che la soluzione possa essere diversa da quella discendente da una piana applicazione del principio per cui l'arbitro, indipendentemente dalla previa pendenza della stessa causa, decide autonomamente sulla propria competenza. In particolare non sembra "esportabile" la soluzione della *litispendenza unilaterale* adottata dalla Cassazione, dato che le premesse dogmatiche e normative che hanno portato a tale decisione ineriscono inevitabilmente ad un tipo di rapporto tra giudice statale ed arbitro "interno" all'ordinamento italiano.

Si potrebbe, in alternativa, pensare ad una applicazione analogica al caso in esame dell'art. 7 l. n. 218/95, similmente a come il TF ha interpretato l'art. 9 LDIP. Per il combinato disposto del c. 1 dell'art. 7 («se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio») e dell'art. 64, c. 1 («La sentenza straniera è riconosciuta in Italia [...] quando: a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano»), l'arbitro dovrebbe cioè sospendere il processo dinanzi a lui quando, concludendo per l'invalidità della clausola compromissoria, ritenga sussistere la competenza del giudice straniero. Il che significa, in buona sostanza, ribadire anche in questo caso l'operatività del principio *compétence-compétence*, potendo l'arbitro proseguire il giudizio se riterrà invece di esser competente. Si riproporrebbe, peraltro, l'*impasse* che già si è manifestato a proposito del caso *Fomento*: se il giudice statale straniero, successivamente all'avvenuta sospensione del giudizio arbitrale, dovesse declinare la propria giurisdizione, o qualora il giudizio straniero do-

vesse estinguersi, non si vede come l'arbitro possa essere legittimato a riprendere il procedimento dinanzi a sé, avendolo sospeso proprio perché ritenutosi incompetente.

L'applicabilità dell'art. 7 l. n. 218/95 è peraltro ipotesi poco probabile (per non dire priva di giuridico fondamento). Si avrebbe altrimenti il paradosso di una disciplina più restrittiva per l'arbitrato allorché il giudizio statale sulla stessa causa penda all'estero anziché in Italia, con un'incongruenza logico-sistemica tutta da spiegare. Se è vero che, in base ad un orientamento consolidato della nostra S.C. (Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, cit.; Acone, *Arbitrato e competenza*, *Arb* 1996, 239 ss.; D'Alessandro, *Eccezione di patto compromissorio e vecchie questioni in materia di arbitrato rituale*, *Arb* 1997, 550 ss.), l'arbitro non è vincolato alla decisione sulla competenza arbitrale (ossia su validità ed efficacia del patto compromissorio) emessa in sede di regolamento di competenza (né, *a fortiori*, da quella del giudice di merito pur passata in giudicato formale), a maggior ragione il giudice arbitrale con sede in Italia non sarà vincolato dalla decisione sulla competenza (che, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, non è decisione di merito suscettibile di acquistare l'autorità della *res iudicata*) pronunciata da un giudice straniero, e tanto meno sarà il medesimo arbitro impedito nel proseguire il giudizio dalla semplice previa pendenza del giudizio svolgentesi all'estero. Analogamente, se si tien fermo l'orientamento menzionato, una pronuncia della giurisdizione statale italiana non ancora passata in giudicato che dichiari invalidità o inefficacia dell'accordo compromissorio non potrà, da sola, giustificare all'estero il non riconoscimento dell'accordo compromissorio ex art. II, c. 3, Conv. New York (anche se quella pronuncia venga formalmente deliberata all'estero), dato che non sarebbe idonea, in assenza - come si è visto - di qualsivoglia vincolo nei confronti dell'arbitro, a rendere l'accordo *inoperante* ai sensi del medesimo art. II, c. 3, Conv. New York; diversamente dall'ipotesi in cui sia stato l'arbitro, con pronuncia ancora impugnabile, a ritenere invalidità o inefficacia della clausola compromissoria, che è invece tale da implicare di per sé e da subito la "inoperatività" di quell'accordo compromissorio, data la, peraltro apoditticamente asserita - in base al disposto dell'art. 829 c.p.c., per cui il rescissorio è comunque affidato al giudice statale - *consumazione* dei poteri arbitrali e dell'efficacia del patto compromissorio (v. Briguglio, *L'arbitrato estero*, Padova, 1999, 157, nt. 90).

Sarebbe dunque incongruo imporre all'arbitro la sospensione del procedimento in attesa di una pronuncia del giudice straniero (declinatoria della propria competenza) che comunque non lo vincolerebbe, lasciandolo libero di ritenersi a sua volta incompetente. Tanto più che, non avendo per l'arbitro con sede in Italia alcuna rilevanza la previa pendenza di un giudizio statale italiano sulla stessa causa, non si vede perché debba averla - sebbene ai più limitati fini di una sospensione, in luogo della declinatoria prevista dall'art. 39 c.p.c. - quella di un giudizio straniero.

Albert Henke, *Dottorando di ricerca Univ. Milano*