

LA REVISIONE DELLE RULES OF ARBITRATION DELL'UNCITRAL

A REVISÃO DAS REGRAS DE ARBITRAGEM DA UNCITRAL

Vincenzo Vigoriti*

RIASSUNTO

Il testo offre una analisi delle prospettive di diritto processuale e l'uso delle azioni di classe e della conciliazione.

Parole chiave: Azione di classe; Conciliazione; Itália; Justiça civil; Futuro.

RESUMO

O texto oferta uma análise das perspectivas do direito processual e da utilização das class actions e da conciliação.

Palavras-chave: Ações de classe; Conciliação; Itália; Giustizia civile; Futuro.

LA COMMISSIONE UNCITRAL E L'ATTIVITÀ PER LA PROMOZIONE DELL'ARBITRATO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

Come è noto, nel 1966, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite istituiva una Commissione denominata Uncitral (United Nations Commission International Trade Law), destinata ad occuparsi del commercio internazionale, e genericamente di promuovere l'unificazione o almeno l'armonizzazione delle regole in materia (risoluzione n. 2205, XXI).

L'iniziativa seguiva all'adozione di una delle convenzioni più importanti dell'epoca moderna, quella di New York del 1958, sul riconoscimento dei lodi stranieri, ratificata in tutto il mondo (l. 19 gennaio 1968, n. 62; artt. 839 – 840 C.P.C.).

Sin dalla sua prima sessione, del gennaio 1968, l'Uncitral riconosceva valore centrale all'arbitrato internazionale e si impegnava a favorirne la diffusione

* Professor Doutor da Università degli Studi di Firenze, Via Pellicceria 8, 50123, Firenze, Itália. Correspondência para / Correspondence to: Via Guasti 15, 50144, Firenze, Itália. E-mail: vvigoriti@vigoritirusso.it.

incoraggiando l'elaborazione di regole specifiche destinate a fungere da riferimento per gli arbitrati ad hoc, e fornendo ampia assistenza agli Stati che intendevano promuovere lo sviluppo dell'istituto.

I risultati dell'attività di promozione e diffusione dell'arbitrato sono importanti e meritano di essere ricordati.

Anzitutto, si deve alla Commissione l'elaborazione delle *Arbitration Rules*. Il 28 aprile 1976, il gruppo deputato alla redazione delle *rules* terminava il proprio lavoro e sottoponeva alla Commissione i risultati. Il 15 dicembre 1976, l'Assemblea Generale faceva propria la proposta e dichiarava di "raccomandare il ricorso alle Uncitral Arbitration Rules per la definizione delle controversie che nascono nell'ambito del commercio internazionale" (risoluzione 31/98). Formalmente le *rules* sono destinate a fungere da guida nell'arbitrato *ad hoc*, ma in realtà sono suscettibili della più ampia utilizzazione. Esse sono avvicinati alle disposizioni contenute nei regolamenti emanati dagli enti che amministrano arbitrati, ma a differenza di questi non escludono l'autogestione. L'articolazione è in quattro sezioni: gli artt. 1-4 riguardano l'inizio del procedimento; gli artt. 5-14 trattano della composizione del tribunale arbitrale; gli artt. 15-30 concernono il corso del procedimento, e gli artt. 31-41 finali si occupano del lodo.

178

In secondo luogo. Il 21 giugno 1985, l'Uncitral proponeva agli Stati di aderire ad un modello di legge sull'arbitrato che avrebbe contribuito all'armonizzazione delle discipline in materia. È la *Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, poi in effetti adottata in moltissimi ordinamenti. Per finire, nel 1996, sono state diffuse le *Uncitral Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, che sono istruzioni pratiche destinate a facilitare la costituzione dei tribunali arbitrali e lo svolgimento degli arbitrati stessi¹. Sono suggerimenti preziosi che vengono dall'esperienza internazionale e che davvero facilitano il lavoro di tutti.

IL GRUPPO DI LAVORO DEPUTATO ALLA REVISIONE DELLE RULES OF ARBITRATION

Nel 2006, la Commissione decise di procedere alla revisione delle *rules*, non perché divenute inadeguate, ma quasi per il motivo contrario, vale a dire per mantenere le stesse al livello di eccellenza che ne aveva decretato il successo in tutto il mondo, tanto che si ebbe cura di affermare che la revisione "should not alter the structure of the text, its spirit, its drafting style, and should respect the flexibility of the text rather than add to its complexity".

¹ Per ulteriori informazioni MONTINERI e SORIEUL, *Uncitral Arbitration Rules and the Uncitral Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, reperibile in rete, e anche in *Codice degli Arbitrati*, a cura di BUONFRATI e GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2006 p. 170 ss.

Questa l'organizzazione. La Commissione è articolata in vari gruppi: uno di questi, il Working Group II, si occupa di arbitrato e conciliazione. Ne fanno parte: a) gli Stati che già compongono la Commissione; b) occasionalmente anche altri Stati interessati al tema, in qualità di osservatori; c) alcune organizzazioni internazionali selezionate (ad esempio, interne alle Nazioni Unite come l'Office of Legal Affairs o la World Bank); d) organizzazioni intergovernative (ad esempio, l'Asian-African Legal Consultative Organization); e) infine organizzazioni non governative invitate dal Working Group (ad esempio, l'Arab Association for International Arbitration). Fra queste c'è il Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), che è organo rappresentativo di oltre 700.000 avvocati in Europa. Al CCBE partecipano tutti gli Stati dell'Unione e altri che ne sostengono l'iniziativa tramite delegazioni specifiche. Anche il Consiglio Nazionale Forense mantiene una sua delegazione presso tale organo, e la presidenza del Consiglio si è molto adoperata per assicurare che almeno uno dei due osservatori ammessi ai lavori del gruppo fosse un componente della nostra delegazione.

Nel complesso partecipano al gruppo di lavoro interno oltre un centinaio di Paesi, a cui si aggiungono le delegazioni delle organizzazioni appena citate. Le lingue utilizzate sono l'arabo, il cinese, l'inglese (quella largamente prevalente in tutti gli interventi), il francese, il russo e lo spagnolo. Le riunioni si tengono due volte l'anno (a New York in febbraio, a Vienna in settembre).

La presidenza è stata affidata ad un giurista svizzero, di grande esperienza e capacità tecnica, l'avvocato Michael E. Schneider. Il metodo seguito è il seguente: si discute articolo per articolo (nella versione in inglese), sentendo tutti coloro che hanno desiderio di prendere posizione in tema, e cercando di coordinare le varie osservazioni. Trattasi di attività delicata perché esige doti anche diplomatiche, dovendosi necessariamente tener conto di tutti i contributi. Il livello è comunque alto, e anche i rappresentanti di Paesi dove l'arbitrato internazionale sembra meno praticato mostrano piena consapevolezza dei profili tecnici dell'istituto. Non si vota (le organizzazioni che partecipano in qualità di osservatori non potrebbero neppure farlo), perché l'indicazione che viene dalla Commissione è quella che il Working Group si adoperi per ottenere il consenso più vasto possibile sulle proposte. Il che impegna molto la presidenza e rallenta sensibilmente i lavori.

Il gruppo di lavoro ha completato una prima lettura critica delle *rules* nel febbraio 2008, contestualmente decidendo di procedere ad un secondo esame delle stesse sulla base dei rilievi delle varie delegazioni raccolti e diffusi dalla segreteria. Nel settembre 2008, il Working Group terminava il riesame degli artt. 1-17, concernenti la fase introduttiva del procedimento arbitrale, la composizione del tribunale e alcune disposizioni procedurali.

La revisione avrebbe dovuto essere completata nel febbraio successivo ma l'importanza e la ricchezza dei contributi ha reso impossibile rispettare la scadenza.

Il lavoro è dunque proseguito e si è completato alla 51^a sessione, svoltasi a Vienna nel settembre 2009.

Questo scritto concerne gli orientamenti, salienti in prospettiva comparativa, espressi nelle sedute più recenti, quelle del 2009, che hanno avuto per oggetto il procedimento arbitrale, le misure cautelari, e la pronuncia del lodo (artt. 18-37). In sede di revisione, il Working Group ha adottato una numerazione degli articoli diversa da quella delle *rules* del 1976, numerazione forse non ancora definitiva. Per orientarsi basta probabilmente menzionare i numeri dei “vecchi” articoli, richiamando il numero per il momento assegnato alle *rules* rivisitate.

L'INTRODUZIONE DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE E LA MODIFICA DELLE DOMANDE

In tutti i sistemi, l'arbitrato è espressione legittima dell'autonomia privata in punto di scelta dell'alternativa e degli arbitri; ovunque viene garantita la libertà delle forme, la decisione è vincolante ed impugnabile di fronte ai giudici dello Stato solo per alcuni vizi di rito, restando invece generalmente precluso il controllo sull'errore di diritto. Esistono insomma fondamenta comuni e su di esse si è costruita una vera e propria *common law of arbitration*².

180

Le *rules* si inseriscono in questo contesto. Ci sono influenze di questo o quel sistema, e tuttavia non c'è supina adesione ad un particolare modello. Questo aspetto è assai caro alla Commissione che tiene moltissimo a sottolineare che le sue *rules* “are neither tailored for a particular country or institution nor anchored in any particular culture or tradition. They are comprehensive and, to the extent possible, stand-alone standard text, appropriate in different legal systems or environments”.

Il procedimento arbitrale è introdotto da un atto definito “notice of arbitration” di contenuto essenziale disciplinato dall'art. 3; costituito il tribunale, segue un atto più articolato in cui il richiedente fornisce tutti gli elementi di fatto e di diritto che ritiene funzionali all'accoglimento della domanda (*statement of claim*) (art. 18 ora art. 20). Non c'è nulla di particolare, e non sono previste decadenze o preclusione, nel caso di omissioni sulle ragioni del chiedere, sui riscontri probatori, o quant'altro. La risposta del convenuto può essere contenuta in una comparsa definita “response to the notice of arbitration”, o successivamente in uno *statement of defence* più articolato (art. 19 ora art. 21). E' consentito che le parti anticipino le proprie difese, attribuendo ai primi due atti, in teoria di carattere sommario e meramente introduttivo, il contenuto di veri e propri atti difensivi. Come del resto da noi dove la domanda di arbitrato può benissimo essere redatta anche in modo sintetico, fermo restando un contenuto minimo.

² VIGORITI, Vincenzo. Towards a common law of arbitration. *5 Am. Rev. Int. Arb.*, 1995, p. 29.

A proposito delle difese del resistente, si è discusso di domande riconvenzionali, che vanno introdotte tendenzialmente (non c'è decadenza) con il primo atto difensivo. Stesso regime per le eccezioni di *set off* (compensazione), che nel diritto processuale di *common law* sono ammesse con larghezza. Molti auspicavano maggiore libertà per queste seconde eccezioni, che si volevano ammissibili anche se collegate a rapporti non riconducibili alla clausola arbitrale, ma è prevalsa invece l'opinione che gli arbitri possano conoscerne solo se il rapporto di riferimento rientra fra quelli devoluti, o devolvibili agli arbitri. Quindi non necessariamente rapporti regolati dal contratto contenente la convenzione arbitrale, ma comunque rapporti su cui il tribunale ha "jurisdiction".

L'art. 20 (ora art. 22) prevede la modifica delle domande già presentate e l'eventuale introduzione di domande nuove, ovviamente riconducibili alla convenzione arbitrale.

Entrambe le cose sono generalmente ammesse, salvo che il tribunale non le consideri "inappropriate" perché motivo di "delay" o perché di "prejudice" per controparte, oppure per qualunque altra ragione che gli arbitri ritengono fondata. Il linguaggio della norma appare eccessivamente vago, e sembra attribuire poteri discrezionali assai ampi, almeno in un'ottica italiana.

Infine, l'art. 21 (ora art. 23) contiene alcune affermazioni di principio, da tutti largamente condivise. Anzitutto quella che gli arbitri decidono sulla propria *jurisdiction* (per il noto principio Kompetenz-Kompetenz), e poi quella dell'autonomia della clausola compromissoria (comma 1).

E' sorta ampia discussione sulle conseguenze di un'eventuale declaratoria di invalidità del contratto a cui accede la clausola arbitrale, ma è risultata condivisa la soluzione che detta invalidità non implica di per sé l'inapplicabilità del patto compromissorio. Qui sono state mosse critiche alla terminologia usata nel testo esistente: la norma ipotizza che se gli arbitri dichiarano il contratto "null and void", tale accertamento non implica automaticamente anche l'invalidità della clausola. "Null and void" è locuzione forse ridondante, ma usuale in *common law*, è stata rifiutata, volendosi mantenere il termine "null", ma cancellare l'espressione "and void". Dopo ampie discussioni non solo meramente semantiche, le delegazioni dei Paesi di lingua spagnola hanno detto di preferire nel loro testo l'espressione latina "ipso iure" in luogo di "void" e quelle dei Paesi di lingua francese, l'espressione "de plein droit": sfumature non facilmente percepibili dall'esterno.

La norma contiene disposizioni diverse simili a quelle del nostro Codice di rito. Il difetto di *jurisdiction* del tribunale deve essere eccepito nel primo atto difensivo successivo alla proposizione della domanda principale o riconvenzionale; l'aver collaborato alla nomina degli arbitri non preclude la proponibilità dell'eccezione; il superamento dei limiti della convenzione arbitrale deve essere eccepito immediatamente; la domanda giudiziale che contesta la legittimità della devoluzione ad arbitri, non implica sospensione del procedimento privato.

LE MISURE CAUTELARI

Il problema più dibattuto è stato quello dell'ammissibilità e del contenuto delle misure cautelari (*interim measures*), che l'art. 26 (vecchi e nuova numerazione) consente ad una delle parti di chiedere e permette agli arbitri di emanare.

Sull'ammissibilità in astratto si sono richiamate le disposizioni della Model Law che esplicitamente la prevedono, mentre il discorso si è fatto più complesso in sede di affinamento del regime positivo destinato a sostituire l'esistente. Il testo del 1976 è abbastanza limitato: nella sostanza, riconosce la facoltà di ciascuna parte di chiedere agli arbitri di adottare misure di protezione con valenza temporanea, e precisa che un'istanza cautelare diretta al giudice statale non vale come rinuncia alla convenzione arbitrale.

Il testo rivisitato risulta molto più ricco. Anzitutto, il nuovo art. 26 riafferma la possibilità di chiedere ed ottenere dagli arbitri provvedimenti di natura cautelare, il che non è stato revocato in dubbio da nessuno (comma 1). Ci si è chiesti però se gli arbitri potessero adottare anche misure cautelari *inaudita altera parte*, (nel linguaggio corrente di *common law*: *preliminary orders* o *ex parte orders*).

A parte le solite obiezioni, anche condivisibili, sui pericoli di attribuire a privati poteri tanto penetranti, alcune delegazioni segnalavano come nei loro ordinamenti, neppure i giudici possono emanare misure cautelari senza prima sentire gli interessati, e si opponevano quindi a riconoscere agli arbitri tale potere.

Questo rilievo, sostanzialmente, ha pesato più di altri e ha indotto all'adozione di un comma dove esplicitamente si prevede che le *rules* non attribuiscono alle parti diritti più ampi di quelli a loro riconosciuti dalla *lex fori*, come non intendono limitare tali diritti. Insomma, gli arbitri chiamati a decidere secondo le *rules* dell'Uncitral possono pronunziarsi *inaudita altera parte*, se lo stesso potrebbero fare i giudici dello Stato, ma non altrimenti.

Qualcuno ha sostenuto che in ogni caso si dovrebbe negare agli arbitri di pronunziare *inaudita altera parte*, posizione però non condivisa perché se si ammette che gli arbitri possono imporre cautele, non si vede come si possa escludere la facoltà di adottare misure differendo il relativo contraddittorio. Fra l'altro, negare il potere degli arbitri negli ordinamenti in cui i giudici invece lo hanno significherebbe semplicemente vanificare la previsione, essendo ragionevole pensare che, nella maggior parte dei casi, la relativa istanza verrebbe rivolta al giudice dello Stato, nella speranza di ottenere da lui quello che gli arbitri non possono concedere.

La norma non impegna i decidenti a sentire subito tutte le parti, ma con disposizione equivalente prevede che gli arbitri possano modificare o revocare la cautela, persino d'ufficio (comma 6), a temperamento del potere esercitato, e dispone che il tribunale possa chiedere alle parti di rivelare qualunque mutamento delle circostanze sulle quali si è basata la concessione della cautela (comma 8).

Il comma 2 indica i fini a cui deve mirare il provvedimento cautelare. Il nuovo testo ne elenca quattro: a) la conservazione o il ripristino di una certa situazione di fatto; b) il blocco di iniziative che provocano o potrebbero causare un pregiudizio o che potrebbero mettere in pericolo lo svolgimento del procedimento arbitrale; c) conservazione di beni eventualmente destinati a soddisfare le pretese che dovessero risultare accolte dal lodo; d) preservare prove che potrebbero essere rilevanti per la definizione della controversia.

La tipologia delle situazioni menzionate non è esaustiva, e il nuovo testo esplicitamente dichiara che quelli elencati sono alcuni dei fini, ma che ve ne potrebbero benissimo essere altri meritevoli di essere perseguiti con la misura cautelare (“*without limitation*”). Sembrerebbe, quest’ultima apertura, una garanzia di flessibilità utile in situazioni non riconducibili alle fattispecie elencate, ed effettivamente potrebbe essere così. Va notato però che la disciplina di base riflette l’intento di massima di mantenere la cautela nell’ambito della conservazione, mentre la disponibilità di cui all’espressione in commento consentirà alle parti di premere per provvedimenti di carattere anticipatorio, con tutti i pericoli che questi comportano. L’esperienza dirà se i timori sono fondati.

Sul piano dei contenuti, alla tipicità dei provvedimenti si è preferita la flessibilità (“*open definition*”) che lascerà gli arbitri liberi di adottare i provvedimenti più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione (per usare la nostra terminologia).

Sul piano della forma, mentre la vecchia versione disponeva che il tribunale “potesse” pronunciare un lodo parziale, la nuova non offre indicazioni, dovendosi quindi pensare a libertà di forme, in verità più apparente che reale.

Come già detto, il comma 5 si occupa dell’eventualità di conflitto fra la legge regolatrice del procedimento e le regole d’arbitrato, stabilendo che le *rules* non limitano i diritti riconosciuti dalla *lex fori*. Nella stessa ottica, il comma 10 precisa che la presentazione di un’istanza cautelare al giudice statale non è incompatibile con la convenzione arbitrale, e non vale come rinuncia alla deroga.

I commi 7 e 9 si occupano delle spese. Il primo consente agli arbitri di imporre alla parte istante il deposito di una cauzione adeguata a tutela degli interessi di controparte, mentre il secondo aggiunge che il richiedente risponde per le spese e per i danni provocati da una cautela che non avrebbe dovuto essere concessa. Il tribunale arbitrale potrà pronunciare in tal senso anche con un lodo separato, in qualunque momento del procedimento, e dunque anche prima della pronuncia finale sul merito. Il che però sembra eccessivo in punto di liquidazione dei danni.

Nel complesso, la nuova versione è apprezzabile. Ottenuta la misura di protezione occorrerà risolvere quello che di solito si rivela il problema principale in materia: l’esecuzione forzata della misura cautelare disposta dagli arbitri. Qui le *rules* non possono intervenire e le parti dovranno necessariamente rivolgersi allo

Stato del luogo in cui la misura cautelare deve essere eseguita, utilizzando gli spazi del diritto internazionale processuale. Risulta arduo pensare che uno Stato (ad esempio, il nostro) presti la sua forza per l'esecuzione di misure emesse da privati, su richiesta di altri privati, magari senza contraddittorio, come non è facile immaginare le modalità di esecuzione. Riemerge, fondamentale, il problema della forma del provvedimento: finché la sanzione dell'inottemperanza resta sul piano endoprocedimentale, anche un'ordinanza servirà allo scopo, altrimenti converrà ricorrere all'espedito del lodo parziale se davvero si vuole sperare nell'esecuzione forzata.

DISPOSIZIONI SULLA PROVA E DISCIPLINA DELLE UDIENZE. TESTIMONI. CONSULENTI

La versione originale del 1976 conteneva due articoli genericamente dedicati all'acquisizione della prova e alla disciplina delle udienze (artt. 24 e 25, ora artt. 27-28).

La partizione è stata mantenuta in sede di revisione, con disciplina però arricchita.

Il primo articolo riguarda l'acquisizione della prova testimoniale e delle consulenze (*evidence*). Fermo, ovviamente, che l'onere della prova ricade sulle parti che allegano, e fermo che sulla rilevanza e ammissibilità dei riscontri decide il tribunale, la nuova *rule* dispone che, salvo diversa disposizione degli arbitri, i testimoni possano inviare ai giudicanti deposizioni scritte, senza comparire di persona. Sul punto non c'è stata particolare discussione, anche perché questa è già la prassi in molti ordinamenti come riferito dalle delegazioni intervenute. Lo stesso vale per i consulenti tecnici nominati dalle parti, e per l'eventuale consulente dell'ufficio.

I consulenti sono tutti equiparati a testimoni, e il loro sapere confluisce nel procedimento nello stesso modo. E' ammessa la nomina di un CTU ad opera del Tribunale, ma non è affatto previsto che questi abbia il dovere di svolgere la funzione, lavorando insieme ai consulenti di parte.

Il CTU ha il potere di chiedere alle parti tutte le informazioni necessarie e pertinenti (e qui sorgono sovente problemi di diffusione di segreti industriali) e redatta la consulenza la consegna direttamente al Tribunale, che la trasmette alle parti. Su istanza delle quali può essere fissata un'udienza per l'interrogatorio del consulente ad opera delle parti (assistite dai loro tecnici).

Comunque, se il tribunale dovesse preferire un contatto diretto con il teste potrà scegliere fra convocarlo e sentirlo di persona, oppure organizzare una videoconferenza o altro equivalente, interrogando il teste su qualunque circostanza ritenuta rilevante.

Ancora, l'articolo dispone che in qualunque momento ("at any time") gli arbitri possano ordinare alle parti di integrare il loro compendio istruttorio entro un certo termine. Anche d'ufficio, senza limiti. Non ci sono sanzioni particolari

in caso di inottemperanza: semplicemente, gli arbitri decideranno valendosi dei riscontri disponibili (art. 28, comma 3, vecchio).

L'orientamento di fondo è di massimo favore per l'acquisizione di prove, senza preclusioni, con scelte che possono lasciare perplessi perché invasive dell'autonomia privata. Gli arbitri hanno il potere di ammettere le prove anche se offerte tardivamente, oltre i termini da loro stessi fissati; basta solo che lo ritengano opportuno, senza farsi carico delle giustificazioni della parte inadempiente, o delle proteste di controparte. L'articolo non affronta il problema della collaborazione con l'autorità giudiziaria, che sarà disciplinata dalla *lex fori*, laddove possibile.

L'art. 28 (vecchio art. 25) riguarda la gestione delle udienze ("hearings", lo stesso termine del processo ordinario), l'escussione dei testimoni e dei c.d. esperti.

Nel Working Group si sono contrapposti due orientamenti: da un lato, gli esponenti dei Paesi dove l'arbitrato internazionale è più diffuso sostenevano l'opportunità che, affermato il diritto alla prova come componente essenziale del *due process*, le norme regolatrici lasciassero agli arbitri ampi margini di discrezionalità; dall'altro, invece, chi parlava come esponente di ordinamenti dove l'arbitrato è meno frequente pensava a regole precise, limitatrici dei poteri degli arbitri. Alla fine ha prevalso un indirizzo formalmente di mediazione fra le due posizioni, ma in fondo sostanzialmente attestato sul testo vigente dell'articolo che lascia l'organizzazione delle udienze agli arbitri.

Le parti devono indicare con ragionevole anticipo i nomi di coloro che devono essere sentiti e, se gli arbitri condividono ammissibilità e rilevanza, si procede all'audizione diretta ("may be heard"): le parti possono presenziare, ma non gli altri testi, una regola questa su cui si sono accese (inspiegabilmente) vaste discussioni. Non c'è un'esplicita previsione sull'ammissibilità della *cross examination*, tanto cara al processo di *common law*, ritenuta comunque ammissibile. Nessuno ha ventilato l'obbligo di predisporre capitoli di prova ai quali ancorare le deposizioni.

Interessante è la disposizione che disciplina (con terminologia qui solo evocativa di scritti antichi) la c.d. testimonianza pacificamente consentita della parte. La norma, nel regolare l'acquisizione dei saperi, equipara, sul piano delle forme, l'ingresso dei contributi dei terzi a quelli delle parti, e dispone che nell'arbitrato può "testimoniare" qualunque persona fisica, anche se parte o legata ad una delle parti, senza discriminare. Ovvio che tutti sono perfettamente consapevoli che certi contributi possono essere inquinati dall'interesse all'esito del procedimento, ma non per questo si pensa di rinunciare ad acquisirli, e di alzare barriere, che potevano avere un senso in passato, nel processo statale a protezione di giudici (e giurati in *common law*), ma che non ne hanno certo adesso, in arbitrato.

E' appena il caso di rilevare come la sola "testimonianza" non basti a sollevare la parte dall'onere di provare le sue allegazioni, con altri convincenti riscontri.

IL LODO. L'IMPUGNAZIONE. L'INTERPRETAZIONE AUTENTICA. IL LODO "AGGIUNTO"

Le disposizioni sul lodo sono in linea con quelle conosciute nei maggiori ordinamenti, con qualche peculiarità.

Secondo l'art. 31, la decisione va presa a maggioranza, salvo un diverso accordo fra le parti, ovviamente a favore dell'unanimità. Questa seconda regola, strana per noi, rischia di paralizzare qualunque definizione della controversia, oppure di favorire una specie di decisionismo equitativo non auspicabile. Non sono stati riportati esempi di applicazioni pratiche.

E' previsto che possano essere conferiti al presidente del collegio poteri ordinatori, ma gli altri arbitri hanno il controllo sulle decisioni adottate, potere da collocare nell'ambito del generale principio della modificabilità dei provvedimenti di gestione del procedimento, peraltro non menzionato.

L'art. 32 riguarda la forma e l'effetto dei lodi, di qualunque tipo. I requisiti sono quelli abituali (scritto, firmato, ecc.): la pronuncia deve essere motivata, salvo il diverso accordo fra le parti. Un'eccezione questa che riflette l'esperienza di *common law*, dove in passato l'assenza di motivazione era frequente, ma dove peraltro la tendenza ora prevalente è quella a favore della motivazione.

186

Il lodo è "final and binding", intendendosi che esso è vincolante fra le parti. Il linguaggio è perentorio. Si presume che con la stipula della convenzione arbitrale le parti abbiano inteso rinunciare all'impugnazione del lodo ("appeal" è revisione degli errori di diritto) in qualunque sede. La rinuncia all'impugnazione per vizi di rito ("setting aside") invece non è presunta, ma è del pari ammissibile, se esplicitamente stipulata fra le parti. tutto questo solo se la *lex fori* lo permette. Com'è noto, in Italia, l'impugnazione per vizi di rito non è rinunciabile, per cui l'adozione delle *rules* non inciderebbe più di tanto sui diritti delle parti.

L'art. 33 dispone sulla legge regolatrice del merito, con l'abituale scansione che attribuisce alle parti la facoltà di scelta, e in difetto demanda agli arbitri la determinazione, indicando però i criteri da seguire.

Qui si tratta di arbitrati internazionali (in senso lato) dove occorre individuare le norme regolatrici di rapporti aventi elementi di estraneità, che è operazione abitualmente svolta applicando i criteri di diritto internazionale privato e le relative Convenzioni.

La *rule* deroga a tale principio offrendo alle parti la facoltà di stabilire, di comune intesa, la disciplina sostanziale di riferimento, in tal modo sottraendosi ai comandi delle regole di conflitto. La scelta ha per oggetto una legge statale (non si affronta il problema della c.d. *lex mercatoria*), vigente, legge generalmente intesa, e non singole disposizioni (*law*, e non *rules of law*), e può essere mutata nel corso del procedimento, con l'unico limite della concreta attuabilità dell'opzione

voluta. Nell'esperienza i mutamenti avvengono e sono in genere ispirati da esigenze fiscali: frequente quella di scegliere una certa legge per disciplinare problemi societari e una diversa per i rapporti commerciali, o quella di rinunciare ad una certa disciplina se modificata da nuove norme.

In ipotesi, come in tutti gli altri regolamenti arbitrali, tocca agli arbitri scegliere la legge applicabile. Proponevano alcuni che la scelta dovesse cadere sulla legge con cui la controversia aveva il legame più stretto, soluzione (per così dire) tradizionale con evidente richiamo alla Convenzione di Roma, mentre altri optavano per una locuzione più ampia che consentisse agli arbitri di scegliere la legge che ritengono più "appropriata". Questa seconda è stata la soluzione preferita.

La discrezionalità non è tuttavia illimitata perché si prevede che gli arbitri debbano comunque tener conto del contratto di riferimento e degli usi del commercio applicabili nel caso di specie. C'è stata ampia discussione sull'uso del termine "contract" che in *common law* ha significato più ristretto che negli altri sistemi (un classico del diritto comparato) preferendo alcuni usare *agreement*, di carattere omnicomprensivo. E' rimasto "contract".

L'art. 33 prevede che l'autonomia delle parti consenta loro di sganciarsi dal diritto positivo e di autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità (*ex aequo et bono*). L'autorizzazione deve essere espressa, e la scelta deve essere ammissibile in base alla legge regolatrice del procedimento. Non c'è stata analisi della nozione di equità (inappropriata in quella sede), ma l'impressione è comunque si stesse parlando di equità correttiva, una regola di giudizio non antitetica al diritto, e in ogni caso riconducibile ai principi generali dell'ordinamento giuridico di riferimento per le parti.

La sezione dedicata al lodo termina con disposizioni abbastanza peculiari, da leggere tuttavia tenendo presente la quasi totale impossibilità di impugnazione.

La prima è nell'art. 35 (vecchia numerazione) dove è previsto che ciascuna parte ricevuto il lodo, entro un breve termine, possa chiedere agli arbitri una sorta di interpretazione autentica del documento. Vale a dire, uno scritto in cui gli arbitri spiegano cosa volevano dire nel provvedimento finale da loro reso, scritto da redigere nelle stesse forme del lodo interpretato, di cui diviene parte integrante.

La seconda è nell'art 36 (vecchia numerazione) e concerne la correzione del lodo viziato da errori materiali, di calcolo, o altro come previsto anche da noi.

La terza è nell'art. 37 (vecchia numerazione) ed è forse quella più particolare. Ricevuto il lodo, ciascuna parte può chiedere agli arbitri di sanare il vizio di omessa pronuncia su domande presentate, ma non decise. Se il tribunale ritiene l'istanza fondata, e se pensa di poter pronunciare allo stato degli atti, senza bisogno di ulteriori prove e nuove udienze, può pronunciare un lodo aggiuntivo ("additional award").

Vincenzo Vigoriti

La disposizione è sorprendente, perché subito fa sorgere il timore che essa divenga veicolo per impugnazioni surrettizie, altrimenti precluse. Va detto però che non c'è stata alcuna discussione sul punto.

REFERÊNCIAS

The Uncitral Notes on Organizing Arbitral Proceedings, reperibile in rete, e anche in *Codice degli Arbitrati*, a cura di BUONFRATI e GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2006.

VIGORITI, Vincenzo. La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione? *Rivista del'Arbitrato*, Milano: Giuffrè, 2009.

VIGORITI, Vincenzo. Towards a common law of arbitration. *5 Am. Rev. Int. Arb.*, p. 29, 1995.

VIGORITI, L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane. Disponível em: <http://judicium.it/news/ins_19_11_09/Vigoriti,%20osservatorio%20class%20action.html>. Acesso em: 2 fev. 2010.

Data de recebimento: 12/05/2010

Data de aprovação: 30/11/2010