



ASLA - GRUPPO DI STUDIO SULL'ARBITRATO

PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA REDAZIONE DELLE CONVENZIONI ARBITRALI

Premessa: Importanza e rischi delle clausole arbitrali

Una delle attività principali degli studi membri dell'ASLA è la redazione di contratti. In questo contesto si pone quasi sempre la questione dell'inserimento nel testo contrattuale di una clausola di scelta del foro o di una clausola arbitrale¹.

A tale questione, che emerge solitamente nelle fasi finali della negoziazione, spesso non viene dedicata adeguata attenzione. In realtà, come per qualsiasi altra disposizione contrattuale, la formulazione della convenzione di scelta del foro o compromissoria ha implicazioni molto significative. Un'insufficiente comprensione delle problematiche sottese a tali convenzioni — che non di rado si risolve nella redazione di clausole cd. «patologiche» — può quindi portare a difficoltà che rischiano addirittura in talune situazioni di compromettere l'intero equilibrio contrattuale, o comunque di creare complicazioni non indifferenti, nell'eventualità che sorga una controversia.

Il Gruppo di Studio sull'Arbitrato dell'ASLA, composto da professionisti esperti di arbitrato provenienti dagli Studi membri dell'ASLA, i cui nominativi compaiono nell'elenco allegato, ha quindi ritenuto utile predisporre il presente documento per illustrare le principali questioni che vanno tenute presenti in sede di redazione di una convenzione arbitrale alla luce delle circostanze specifiche del caso, e ancor prima in sede di valutazione dell'opportunità o meno di inserire una tale clausola in un contratto.

Il documento non ha evidentemente alcuna pretesa di esaustività o di scientificità. Esso mira soltanto da un lato ad essere una specie di prontuario per chi, negli Studi membri dell'ASLA, si trovi a redigere contratti e dall'altro, più in generale, a diffondere all'interno degli Studi una

¹ Talvolta la previsione del meccanismo per la soluzione delle controversie può essere contenuta in un atto distinto dal contratto (per esempio ove si voglia prevedere che il medesimo meccanismo debba applicarsi ad una pluralità di rapporti negoziali).

conoscenza dei problemi relativi all'arbitrato, conoscenza che è importante per una sempre più efficace attività nell'interesse della clientela. Questo documento non mira naturalmente a proporre soluzioni valide in ogni caso e non esime quindi l'utilizzatore da una valutazione di tutte le problematiche di volta in volta rilevanti alla luce delle caratteristiche del caso concreto.

Con particolare riferimento alle convenzioni arbitrali per i contratti internazionali, ulteriori suggerimenti si possono trovare sulle *Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses* attualmente in preparazione da parte dell'International Bar Association, una bozza delle quali è disponibile sul sito www.ibanet.org.

A. Se e quando prevedere una convenzione arbitrale

In via preliminare va tenuto presente che la previsione di una convenzione arbitrale va affrontata con attenzione caso per caso, avendo riguardo alle particolarità della situazione concreta. Nella valutazione vanno tenuti presenti tra l'altro le seguenti caratteristiche dell'arbitrato che, a seconda della situazione concreta, possono renderlo vantaggioso o svantaggioso:

- L'arbitrato è tendenzialmente un procedimento che si svolge in un solo tornata grado di giudizio, in quanto il lodo è in linea di massima definitivo e può essere rimesso in questione solo per limitati motivi in sede di annullamento o di riconoscimento in un paese diverso dalla sede; se non altro per questa sua caratteristica dovrebbe in genere rivelarsi complessivamente più celere del procedimento di fronte ad un giudice, in particolare se la sentenza di questo deve essere eseguita in un paese diverso con il quale non esiste un accordo sul riconoscimento delle sentenze
- L'arbitrato è un procedimento particolarmente flessibile che consente alle parti ampia facoltà di scegliere le regole di procedura e di merito applicabili alla soluzione della controversia e di svincolarsi in misura maggiore o minore dal sistema giuridico di uno specifico paese;
- L'arbitrato offre maggiori garanzie di segretezza del procedimento di fronte ai giudici nazionali (anche se non vi è la garanzia che la segretezza sia assoluta);
- L'arbitrato dà la possibilità di scegliere giudici con conoscenze ed esperienza specifiche sull'oggetto della controversia;

- L'arbitrato comporta costi non previsti nelle procedure di fronte ai giudici nazionali (ossia gli onorari degli arbitri e, nell'arbitrato amministrato, quelli dell'istituzione arbitrale). Questi maggiori costi possono essere almeno in parte compensati dalle minori possibilità di impugnazione del lodo rispetto alla sentenza di un giudice nazionale e dalla tendenziale maggiore celerità del procedimento rispetto a quello ordinario.

Alla luce di queste caratteristiche l'inserimento di una clausola arbitrale nel contratto può quindi rivelarsi opportuna, talvolta quasi essenziale, talaltra ancora addirittura sconsigliabile. Naturalmente anche a questo riguardo la prospettiva può non essere identica per tutte le parti coinvolte.

- **Casi in cui l'arbitrato è opportuno e talvolta insostituibile:**
 - nell'ambito di contratti internazionali, ove è importante la scelta di un "foro" neutrale in ragione della diversa nazionalità o tradizione giuridica delle parti o laddove il foro dinanzi al quale potrebbe essere portata l'eventuale controversia (da individuare in base alle regole sui conflitti di giurisdizione dei diversi Stati in gioco) non fornisce garanzie di terzietà o comunque potrebbe applicare regole processuali o materiali ignote ad entrambe o ad una delle parti, o non considerate adatte al caso concreto; nei rapporti internazionali l'arbitrato beneficia della Convenzione di New York del 1958 che assicura ai lodi la possibilità di circolare in maniera assai maggiore delle sentenze;
 - nell'ambito di contratti su materie tecniche o che comportano problematiche particolari, ove è opportuno che la controversia sia decisa da professionisti dotati di particolare conoscenze tecniche o giuridiche;
 - quando è importante che la lite rimanga coperta da confidenzialità (*ratione materiae* e *ratione personae*, e fermo restando quanto si dirà più avanti su questo tema).
- **Casi in cui l'arbitrato è sconsigliabile:**
 - quando una delle parti di un contratto internazionale non proviene da uno Stato firmatario della convenzione di New York in materia di riconoscimento dei lodi stranieri;
 - quando gli importi in gioco sono di limitato valore e l'arbitrato potrebbe rivelarsi un sistema eccessivamente costoso per la risoluzione della controversia,

- quando, alla luce di particolarità della situazione, esso può rivelarsi meno conveniente del ricorso al giudice (per esempio quando una parte deve ricevere solo una prestazione in denaro e il ricorso ad altri rimedi — ad es. decreto ingiuntivo — potrebbe rappresentare il modo più rapido per ottenerla).

Laddove l'arbitrato non sia ritenuto opportuno, converrà prevedere un'ideale **clausola di scelta del foro**. Questa sarà essenziale in particolare nei rapporti internazionali. Anche tali clausole richiedono particolari accortezze nella loro redazione, che tuttavia esulano dall'oggetto di questo documento.

La clausola arbitrale non ha particolari esigenze di forma, anche se quando è inserita in condizioni generali di contratto è richiesta la doppia sottoscrizione (almeno in caso di arbitrato interno italiano).

B. Clausole arbitrali semplici o «multi-tiered»?

La scelta può, in linea di massima, orientarsi su due tipologie di clausole: una **clausola arbitrale “pura”**, ossia una clausola che preveda l'immediato ricorso agli arbitri nel caso insorga una controversia; oppure una **clausola cd. multi-tiered o multifase**, che preveda il susseguirsi di più fasi dedicate alla soluzione della lite (ad es. una prima fase di mediazione seguita dall'arbitrato in caso di fallimento della mediazione). L'utilizzo di uno strumento di ADR (*Alternative Dispute Resolution*), quale in ipotesi la mediazione/conciliazione, prima del ricorso all'arbitrato può essere opportuno ad esempio in rapporti contrattuali di lunga durata ove l'interesse ad evitare una dura fase contenziosa può essere comune alle parti, ovvero quando le parti operano in un settore ove l'*escalation* della lite sino alla fase contenziosa si verifica raramente. Più in generale, una valutazione caso per caso circa l'opportunità di optare per una clausola multifase (con i possibili risparmi in termini di costi, tempi ed efficienza sfruttando la mediazione) è certamente consigliabile. Va peraltro tenuto presente che tali clausole possono dare luogo a incertezze quanto alla sussistenza della competenza del tribunale arbitrale quando si controverta sul corretto rispetto delle pattuizioni relative al ricorso alle procedure di ADR. Sarà pertanto opportuno disegnare la clausola con attenzione, separando in modo distinto le diverse eventuali fasi (negoziale, di mediazione e di arbitrato) e indicando chiare scadenze temporali esaurite le quali, senza che la controversia sia stata risolta, è legittimo procedere alla fase successiva.

È opportuno ricordare che il d.lgs. n. 28/2010, entrato in vigore il 20 marzo 2010, ha espressamente previsto e regolato, al quinto comma dell'articolo 5, la possibilità di inserire clausole di mediazione o conciliazione nei contratti. Tali clausole hanno valore obbligatorio per le parti. In caso di mancato esperimento del tentativo di mediazione, l'arbitro, su eccezione di parte, dovrà assegnare alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissare la successiva udienza dopo quattro mesi. La portata del decreto sopracitato, che introduce tra l'altro la mediazione come condizione di procedibilità per un ampio numero di materie, è ampia e merita certamente un approfondimento.

C. Cosa scrivere nella clausola: il momento delle scelte

Nella redazione della clausola arbitrale vanno tenute presenti diverse questioni che è opportuno disciplinare specificamente nella clausola stessa. Qui di seguito vengono indicate le principali questioni che devono essere tenute presenti dal redattore e che vanno disciplinate nella clausola.

Occorre tenere sempre ben presente che nell'arbitrato internazionale la disciplina delle singole questioni relative all'arbitrato può dipendere da una molteplicità di leggi diverse (legge della sede, legge regolatrice della convenzione arbitrale, legge regolatrice del merito della controversia, ecc.). Nell'affrontare tutte le questioni qui di seguito evidenziata occorrerà pertanto individuare la legge a ciascuna di esse applicabile nello specifico e tenerne conto.

(i) La sede dell'arbitrato

La scelta della sede è un elemento cruciale della clausola arbitrale, soprattutto nell'arbitrato internazionale. La sede dell'arbitrato è una nozione giuridica che non ha tanto la funzione di individuare il luogo dove si svolgeranno le attività dell'arbitrato (che infatti il più delle volte possono essere svolte anche altrove), quanto quella di criterio di collegamento per alcuni aspetti essenziali della disciplina dell'arbitrato.

- *Per l'arbitrato domestico italiano (cioè senza collegamenti con l'estero):* la scelta della sede determina la Corte d'Appello competente per l'impugnazione del lodo nonché il giudice territorialmente competente a svolgere l'attività ausiliaria all'operato degli arbitri prevista dal codice di rito (nomina o sostituzione degli arbitri in

caso di mancato accordo delle parti, misure cautelari, ordine di comparizione di testimoni, ecc.);

- *Per l'arbitrato internazionale (cioè con collegamenti con più di un paese, per esempio la nazionalità delle parti, il luogo di esecuzione delle prestazioni contrattuali ecc.):* la sede determina il collegamento tra l'arbitrato e l'ordinamento statale destinato a fornire la cornice giuridica entro cui si svolgerà l'arbitrato. Nello specifico la sede determina, *in primis*, la normativa in tema di arbitrato applicabile allo specifico procedimento nonché lo Stato i cui giudici saranno competenti per l'impugnazione del lodo e per le attività ausiliarie. In concreto ciò significa che scegliendo la sede in Italia l'arbitrato sarà soggetto agli articoli 806 ss. c.p.c. Tali disposizioni non saranno invece applicabili in caso di scelta di una sede estera (per esempio scegliendo come sede la Svizzera o una città di tale paese l'arbitrato sarà regolato dal Capo 12 (art. 176 ss.) della Legge Svizzera di Diritto internazionale privato e qualsiasi questione relativa al procedimento, inclusa l'impugnazione del lodo, sarà di competenza dei tribunali svizzeri).

La scelta della sede è quindi una delle opzioni più importanti da compiere in sede di redazione della convenzione arbitrale. Tra gli errori da evitare, v'è quello di scegliere come sede un Paese con un regime poco favorevole in materia di arbitrato o dove non si vuole che i tribunali possano essere investiti di questioni attinenti all'arbitrato (per esempio perché non si ha confidenza sulla loro neutralità, efficienza o conoscenza delle problematiche dell'arbitrato), nonché quello, frequente nella prassi, di scegliere come sede un Paese per motivi esclusivamente "di neutralità" rispetto alla nazionalità delle parti, ma della cui legislazione in tema di arbitrato si sa poco o nulla.

Può essere utile specificare che gli arbitri potranno condurre l'arbitrato in parte o in tutto in un luogo diverso dalla sede.

Una volta individuata la sede, è importante che i redattori della clausola prendano conoscenza della legislazione sull'arbitrato del paese della sede per verificare se le altre pattuizioni che intendono inserire nella clausola arbitrale sono con esse compatibili.

(ii) Arbitrato *ad hoc* vs. amministrato

Un altro elemento di grande importanza che deve essere tenuto presente dai redattori di clausole arbitrali è l'opzione tra arbitrato *ad hoc* ed arbitrato amministrato.

- Nell'arbitrato *ad hoc* la disciplina di tutte le questioni relative all'arbitrato (procedura, svolgimento e tempistiche ecc.) è lasciata alla determinazione delle parti, nei limiti di autonomia loro concessi dal diritto della sede, il quale sarà anche, insieme alle determinazioni degli arbitri, l'unica fonte di integrazione della volontà delle parti. Nell'arbitrato *ad hoc* non vi è alcuna istituzione che vegli al corretto svolgimento della procedura o dell'operato degli arbitri, con la conseguenza che in presenza di problemi sarà necessario il ricorso al giudice dello Stato della sede (per esempio in caso di mancato accordo delle parti sulla nomina degli arbitri, in caso di ricusazione ecc.). Nell'arbitrato *ad hoc* gli onorari degli arbitri sono generalmente determinati da questi, con la conseguenza che essi sono spesso sensibilmente più elevati che in caso di arbitrato amministrato.
- L'arbitrato *amministrato* si svolge invece in base al regolamento di un'istituzione arbitrale (ad esempio la Camera di Commercio Internazionale, la Camera Arbitrale di Milano, la London Court of International Arbitration ecc.). Tali regolamenti forniscono una disciplina suppletiva (e in parte obbligatoria) dell'arbitrato che integra la normativa dello Stato della sede e comportano un ruolo di supervisione più o meno incisivo dell'istituzione, la quale si fa garante del buon funzionamento della procedura e può intervenire in diverse situazioni (per es. nomina e sostituzione degli arbitri, controllo formale del lodo, rispetto della tempistica della procedura, onorari degli arbitri ecc.), evitando anche il ricorso al giudice.

In linea generale, soggetta a valutazioni caso per caso, l'arbitrato amministrato è una valida opzione per la gestione del procedimento e di tutte le questioni connesse all'arbitrato. Esso presenta di solito minori incognite rispetto all'arbitrato *ad hoc* e con il vantaggio di avere costi particolarmente calmierati prevedibili in anticipo. Spesso gli onorari dovuti all'istituzione arbitrale (cfr. *infra*, Sez. E) possono essere in considerevole misura compensati dai risparmi sugli onorari degli arbitri in procedimenti *ad hoc* in cui gli arbitri applicano, per esempio, le tariffe forensi e dalla maggiore efficienza e dai maggiori controlli, i quali dovrebbero ridurre sensibilmente il rischio di annullamento

del lodo. Inoltre il controllo del lodo, quanto meno sotto il profilo formale, svolto da talune istituzioni può ridurre il rischio di vizi suscettibili di dare luogo ad annullamento.

In caso di scelta dell'arbitrato amministrato alcune delle questioni considerate qui di seguito sono disciplinate direttamente dal regolamento dell'istituzione prescelta e non occorre quindi disciplinarle specificamente nella clausola arbitrale. Poiché tuttavia le discipline dei regolamenti sono per la maggior parte derogabili o suppletive, le parti sono libere di disciplinare esse stesse le singole questioni ove lo ritengano opportuno.

Anche nel caso di arbitrato *ad hoc* è possibile la scelta di un regolamento arbitrale specifico per la disciplina di questo tipo di procedimento. Il regolamento di questo tipo maggiormente utilizzato è quello predisposto dall'UNCITRAL (<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>).

(iii) Arbitrato rituale vs. irrituale

Quando la sede dell'arbitrato è in Italia, diventa rilevante operare anche la scelta fra l'arbitrato rituale e quello irrituale. La fondamentale caratteristica dell'arbitrato rituale risiede nella natura del lodo, che ha efficacia pari a quella della sentenza del giudice statale. La struttura e lo svolgimento dell'arbitrato sono definiti dalle disposizioni del codice di procedura civile in tema di arbitrato (art. 806 ss.), le quali oggi lasciano alle parti un alto grado di libertà, al pari delle analoghe normative dei principali ordinamenti stranieri.

L'arbitrato irrituale è sostanzialmente un residuo dell'epoca in cui in Italia la disciplina dell'arbitrato rituale era eccessivamente limitativa. In concreto oggi esso non attribuisce alle parti margini significativamente più ampi di libertà dell'arbitrato rituale, ed in compenso ha lo svantaggio di avere efficacia meramente obbligatoria, il che rende necessario un procedimento di merito di fronte al giudice in caso di mancato adempimento spontaneo del lodo irrituale. Per tali motivi la pattuizione di un arbitrato irrituale sembra in linea generale scarsamente consigliabile. Essa è assolutamente sconsigliabile in caso di arbitrato internazionale, anche perché vi sono dubbi circa l'applicabilità all'arbitrato irrituale della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali.

(iv) Arbitrato di diritto vs. equità

Nel redigere la clausola, occorre prendere posizione anche sul fondamento, il diritto o l'equità, su cui dovrà poggiare la decisione degli arbitri, i quali baseranno la loro decisione nel primo caso sulla corrispondenza del caso concreto alle regole di diritto e, nell'altro, su di una valutazione di equità. Nell'arbitrato di equità l'aspetto più critico è l'intangibilità del concetto stesso di equità e la sua interpretazione da parte degli arbitri. Più che mai la decisione secondo equità si presta a risultati imprevedibili. Da notare che secondo alcuni autori l'eventuale fase rescissoria dell'impugnazione davanti alla Corte d'Appello di un lodo pronunciato secondo equità si svolge anch'essa secondo equità.

Nell'arbitrato di diritto l'impugnazione del lodo è possibile solo ove le parti l'abbiano espressamente prevista o sia la legge stessa che la preveda;

(v) Arbitro unico vs. collegio

Le parti decidono quanti arbitri saranno chiamati a decidere la controversia. Sebbene teoricamente qualunque numero dispari sia ammissibile, tuttavia la prassi vede sempre optare per tribunali di uno o tre arbitri.

Nel caso di *arbitro unico*, un solo soggetto decide la controversia. È buona norma definire le modalità di nomina dell'arbitro unico dal momento che spesso non si riesce a realizzare l'accordo tra le parti al riguardo, cosicché è frequente l'intervento del Tribunale o dell'istituzione arbitrale. La scelta per l'arbitro unico consente un contenimento dei costi dell'arbitrato ed è suggeribile per arbitrati di valore economico non alto.

Nell'ipotesi di *collegio*, più soggetti (in numero dispari) decidono la lite. Anche in questo caso determinare le modalità di nomina è importante (ad es. se la scelta del presidente spetti ai coarbitri o a un soggetto terzo). Talvolta lasciare *sic et simpliciter* che la nomina del presidente del collegio arbitrale o dell'arbitro non nominato dalla parte o da sostituire venga effettuata da un Tribunale statale può dare luogo a risultati non prevedibili (e talvolta non auspicabili). Ciò è particolarmente vero quando si richiedano arbitri con qualifiche particolari e nell'arbitrato internazionale. È pertanto preferibile indicare come *appointing authority* un'istituzione arbitrale (cosa possibile anche in caso di arbitrati *ad hoc*) che, generalmente, ha maggiore competenza sull'individuazione di un soggetto adatto a svolgere le funzioni di Presidente. In assenza di una disciplina regolamentare, è anche opportuno disciplinare i limiti temporali entro cui devono avvenire le nomine e la procedura di sostituzione degli arbitri.

Se da un lato il collegio ha un costo maggiore rispetto all'arbitro unico, esso consente tuttavia a ciascuna parte di nominare in seno all'organo giudicante un arbitro di propria fiducia o che può comunque essere maggiormente familiare con la cultura giuridica o con l'ambiente di provenienza della parte che lo nomina..

Poiché all'atto della redazione della convenzione arbitrale può non essere facile determinare la natura e l'importanza della controversia, una possibilità è quella di lasciare la determinazione del numero degli arbitri all'istituzione arbitrale. La maggior parte dei regolamenti contiene una regola che consente all'istituzione di determinare il numero di arbitri in funzione dell'importanza e delle caratteristiche della controversia.

(vi) Le qualifiche degli arbitri

Le parti sono anche libere di predeterminare nella clausola arbitrale l'identità o almeno le qualifiche che dovranno avere gli arbitri. È tuttavia sconsigliabile indicare preventivamente l'identità degli arbitri, in quanto in caso di indisponibilità delle persone indicate si porrebbe il problema della loro sostituzione. Occorre anche fare attenzione nell'individuazione di qualifiche troppo specifiche per evitare di restringere troppo le possibilità di scelta (all'insorgere della controversia potrebbe rivelarsi opportuna la designazione di uno o più arbitri con qualifiche diverse) e l'insorgere di contestazioni sul possesso delle qualifiche richieste da parte dei potenziali candidati che potrebbero risolversi in rikusazioni.

(vii) L'ambito oggettivo della competenza degli arbitri

La competenza degli arbitri dipende dalla volontà delle parti (e in diritto italiano può coprire anche la materia extracontrattuale: art. 808 *bis* c.p.c.). È quindi opportuno che nella convenzione arbitrale si specifichi chiaramente l'ambito della competenza arbitrale (ossia le materie che ricadono nella competenza degli arbitri). Peraltro in diritto italiano (art. 808 *quater* c.p.c.) come peraltro in molti diritti stranieri vige il principio dell'interpretazione estensiva della convenzione arbitrale, volta a ricomprendervi tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui si riferisce la convenzione. È comunque opportuno evitare di circoscrivere in modo troppo preciso l'ambito di applicazione della clausola compromissoria, onde evitare l'insorgere di contestazioni quanto al se la

controversia che si vuole sottoporre ad arbitrato rientri effettivamente nell'ambito della clausola.

Nell'arbitrato internazionale va tenuto presente che l'interpretazione della clausola compromissoria, in particolare sotto questo profilo, dipende dalla legge regolatrice della clausola, che non sarà quindi necessariamente quella italiana (e potrebbe anche essere diversa da quella regolatrice del contratto che contiene la clausola).

(viii) Pluralità di parti

Attenzione particolare va posta nella redazione della clausola arbitrale quando vi sono (o vi è la possibilità che vi siano) più parti nell'arbitrato. Ad esempio quando il contratto che contiene la clausola compromissoria sia stipulato da più di due parti, oppure quando, sebbene le parti stipulanti siano formalmente due, ognuna di esse sia composta da una pluralità di soggetti (ad esempio tutti i titolari di partecipazioni di una società che le vendano con un unico contratto a uno o più acquirenti, formando da un lato la parte dei "Venditori" e dall'altro quella degli "Acquirenti").

In questi casi secondo la giurisprudenza, qualora la clausola consenta a ognuna delle parti la nomina del proprio arbitro, non ogni soggetto è titolare di tale diritto, ma lo è invece ogni parte intesa come centro di imputazione di interessi. Più soggetti che deducono in lite un unico interesse possono quindi nominare un solo arbitro per il gruppo, mentre la titolarità di interessi divergenti comporta la formazione di più poli di interesse, ognuno dei quali è titolare del diritto di nomina di un arbitro.

Poiché la formazione dei "gruppi" è valutata "a posteriori", sulla base cioè delle domande e delle difese effettivamente svolte in giudizio (nell'esempio non è la caratteristica di essere tutti "Venditori" a formare il gruppo, ma solo la deduzione in giudizio di uno stesso interesse litigioso). Così qualora tutti i Venditori agiscano per la risoluzione del contratto a fronte dell'inadempimento dell'Acquirente comune essi sono un unico centro di imputazione di interessi e hanno diritto alla nomina di un unico arbitro; qualora invece alcuni Venditori vogliano la risoluzione del contratto e altri l'adempimento, essi costituiscono più poli di interesse e hanno diritto a nomine plurime in relazione al numero di interessi dedotti in giudizio). In questi casi le clausole compromissorie c.d. binarie, in cui ognuna delle parti ha il diritto alla nomina di un proprio arbitro e il presidente viene poi

nominato dai primi due, si sono mostrate inadatte ai contratti plurilaterali o potenzialmente tali.

Nell'arbitrato domestico l'elaborazione della problematica in esame ha così portato a due soluzioni tra loro coesistenti.

- (i) nell'arbitrato societario – regolato dagli artt. 34 s. d.lgs. n. 5/2003 – le clausole compromissorie statutarie devono prevedere a pena di nullità che l'intero collegio sia nominato da un soggetto terzo estraneo alla società;
- (ii) negli altri casi si applica il nuovo art. 816 quater c.p.c. in base al quale in caso di pluralità di parti l'arbitrato può procedere:
 - a) se la convenzione di arbitrato devolve a un terzo la nomina degli arbitri;
 - b) se gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti;
 - c) se, dopo che una parte ha nominato il proprio o i propri arbitri, la controparte nomina un numero uguale di arbitri, oppure ne affida a un terzo la nomina.

Fuori da questi casi l'arbitrato è improcedibile se vi è un litisconsorzio necessario tra le parti in causa, e invece si scinde in tanti sub procedimenti se il litisconsorzio è facoltativo. Poiché il verificarsi delle ipotesi b) e c) è lasciata alla volontà comune delle parti o di un gruppo di esse, che non può essere verificata al momento della redazione della clausola compromissoria, ne deriva che l'unica struttura della clausola compromissoria che consente sempre la formazione del collegio e la procedibilità dell'arbitrato, evitando la scissione del procedimento in più sub procedimenti capaci di moltiplicarne i costi, è quella che devolve la nomina dell'arbitro a un soggetto terzo.

Vi è dunque il rischio concreto che, se la clausola arbitrale non è molto attentamente redatta, la presenza di una pluralità di parti renda impossibile o estremamente complicato l'arbitrato. Anche questa problematica può rendere preferibile l'opzione per l'arbitrato amministrato. I Regolamenti delle principali Istituzioni contengono infatti una specifica disciplina dell'arbitrato c.d. multiparti che consente la formazione del collegio o attraverso meccanismi di accordo delle parti, oppure, quando questo non venga raggiunto, attraverso l'intervento dell'Istituzione che provvede essa stessa alla nomina dell'intero collegio arbitrale.

(ix) Lingua

La scelta della lingua del procedimento è rilevante nei contratti internazionali. La mancata indicazione della lingua dell'arbitrato comporta la sua scelta da parte dell'istituzione o degli arbitri, talvolta utilizzando criteri che possono portare a risultati non aspettati (per esempio la lingua del contratto o della corrispondenza tra le parti). Tra l'altro, alcuni regolamenti arbitrali prevedono che, in mancanza di scelta diversa, la lingua dell'arbitrato sia automaticamente quella del Paese dell'istituzione;

(x) Diritto e regole applicabili al merito della controversia

Nei contratti internazionali è importante specificare quale legge dovrà essere applicata dagli arbitri per la decisione del merito della controversia. Le parti sono normalmente libere di scegliere qualsiasi legge nazionale, anche se priva di particolari collegamenti con la fattispecie e possono anche decidere che gli arbitri applichino regole di origine non nazionale. La scelta va attentamente ponderata avuto riguardo al caso concreto. Anche se la neutralità della legge rispetto alle parti può essere una considerazione importante, occorre sempre prestare attenzione al contenuto materiale della legge stessa.

(xi) Disciplina del procedimento

Al procedimento arbitrale non si applicano le regole di procedura vevoli per il processo dinnanzi al giudice e le parti sono normalmente libere di determinare esse stesse le regole di procedura. Qualora non lo facciano, la conduzione della procedura è rimessa agli arbitri. Specie se si è optato per l'arbitrato *ad hoc*, anziché per l'arbitrato istituzionalizzato o sotto l'egida di un regolamento, come quello UNCITRAL, il quale di solito detta alcune regole di procedura, nella convenzione arbitrale si può considerare l'opportunità di determinare preventivamente alcune regole di procedura (per esempio quanto alla produzione documentale, alla c.d. *discovery* ecc.). In linea di principio è inopportuno un richiamo alle norme di procedura nazionali (ad esempio al codice di procedura civile italiano).

(xii) Termini

Qualora esistano particolari esigenze di celerità nell'ottenimento del lodo, si può considerare di inserire nella clausola arbitrale disposizioni relative alla tempistica della procedura, pur dovendo essere consci che il rispetto della tempistica non dipende solamente dagli arbitri, ma anche dall'atteggiamento delle parti, oltre che dalle particolarità e dalle complessità della situazione concreta.

(xiii) Costi

Altra questione che può essere opportuno disciplinare nella convenzione arbitrale è quella dell'allocazione dei costi della procedura, degli onorari degli arbitri ed eventualmente dell'istituzione arbitrale e dei costi di difesa sopportati dalle parti.

(xiv) Impugnazione del lodo

Ciascun ordinamento ha un proprio regime dell'impugnabilità del lodo. Poiché taluni regimi prevedono la possibilità di estendere o limitare i motivi di impugnazione, è opportuno che le parti pongano mente a tale problema (per esempio, per l'arbitrato con sede in Italia occorre tenere presente che, salvo specifica pattuizione delle parti, il lodo non è impugnabile per motivi di diritto).

In linea di principio quasi tutti gli ordinamenti non consentono di escludere del tutto l'impugnazione del lodo (in Italia v. art. 829, c. 1, cp.c.), anche se pattuizioni in questo senso compaiono spesso nelle convenzioni arbitrali. Peraltro in alcuni paesi è ammessa l'esclusione di qualsiasi impugnazione per gli arbitrati privi di collegamenti con la sede (ad es. art. 192 LDIP svizzera e art. 1717 c.p.c. belga).

(xv) Giudizio rescissorio del giudice statale dopo l'annullamento?

In alcuni ordinamenti è prevista una facoltà delle parti di stabilire se, in caso di annullamento del lodo per motivi diversi dall'invalidità della clausola arbitrale, la decisione sul merito della controversia oggetto dell'arbitrato debba essere devoluta al giudice ordinario, di solito il medesimo dell'impugnazione, o invece rimanga di competenza arbitrale (del collegio originario o eventualmente di un diverso collegio). In Italia (art. 830

c.p.c.) prevale una soluzione diversa per l'arbitrato interno (per il quale la competenza rescissoria è della Corte d'Appello se non diversamente convenuto dalle parti) e per l'arbitrato internazionale (per il quale vale la soluzione opposta). La questione va tenuta presente e se del caso disciplinata nella convenzione arbitrale. Qualora, come avviene prevalentemente nell'arbitrato internazionale, la volontà delle parti è di sottrarre il più possibile la soluzione della controversia alla competenza dei tribunali nazionali per motivi in particolare di neutralità, conviene propendere per il mantenimento della competenza rescissoria al tribunale arbitrale.

(xvi) Confidenzialità dell'arbitrato

Benché si assuma generalmente che all'arbitrato si applichi un obbligo di confidenzialità, tant'è che proprio questa è talvolta percepita come uno dei vantaggi dell'arbitrato rispetto al contenzioso di fronte al giudice nazionale, in realtà regna in quasi tutti gli ordinamenti una considerevole confusione circa la portata, la fonte ed i destinatari dell'obbligo in questione, circa le modalità con le quali gli eventuali obblighi al riguardo possano essere fatti in concreto valere, le conseguenze della loro violazione e le eccezioni che possono essere invocate al riguardo. Qualora la confidenzialità sia considerata importante dalle parti è opportuno che la questione venga disciplinata in modo preciso nella convenzione arbitrale. Non si può comunque dare per scontato che una clausola di confidenzialità contenuta in un contratto si estenda automaticamente all'arbitrato.

(xvii) Misure cautelari

Nella maggior parte degli ordinamenti, con l'importante eccezione del diritto italiano (art. 818 c.p.c.) gli arbitri hanno il potere di emanare misure cautelari. Laddove consentito dalla legge della sede, occorre valutare se disciplinare specificamente la competenza degli arbitri ad emanare tali misure ed eventualmente escludere la possibilità di ricorso al giudice per la richiesta di tali misure (che peraltro è in linea di massima compatibile con la convenzione arbitrale). Anche se le misure cautelari concesse dagli arbitri non hanno forza coercitiva diretta, può comunque essere opportuno che la decisione sulla loro concessione sia adottata dagli arbitri, i quali dovrebbero avere una migliore conoscenza della controversia rispetto al giudice. Il ricorso al giudice per la concessione di misure cautelari può introdurre un elemento di interferenza nello svolgimento dell'arbitrato.

(xviii) Arbitrati speciali

Valutazioni ulteriori sul contenuto della clausola dovranno essere svolte in relazione ad arbitrati “speciali” (arbitrato societario, arbitrato sportivo, per lavori pubblici, con Stati, in relazione ai quali ultimi andranno prese in considerazione in particolare le questioni di immunità dalla giurisdizione ed esecuzione, ecc.).

(xix) Violazione della convenzione arbitrale

Soprattutto in alcuni paesi si va focalizzando l’attenzione sulle conseguenze della violazione delle convenzioni arbitrali, in particolare per effetto della proposizione di un’azione di fronte ad un giudice nazionale. Alcuni ordinamenti consentono di richiedere al giudice l’emanazione di *injunctions* che proibiscano tali azioni, ma non sempre tali azioni, anche ove esperibili, eliminano interamente gli effetti negativi della proposizione di siffatte azioni. Talvolta si propone di disciplinare la questione nel contratto, per esempio prevedendo la risarcibilità dei danni conseguenti. In tal caso può essere opportuno attribuire agli arbitri i poteri di condannare al risarcimento e di determinarne l’entità.

(xx) Forma

Oggi la convenzione arbitrale non è generalmente soggetta a requisiti particolari, tranne quello della forma scritta, il rigore della quale va tuttavia attenuandosi. Va comunque prestata attenzione a requisiti particolari che potrebbero essere imposti da una legge eventualmente applicabile (per es. la doppia sottoscrizione applicabile in diritto italiano almeno per l’arbitrato interno per le clausole contenute in condizioni generali).

D. Le clausole patologiche

Non è raro imbattersi in clausole talmente mal redatte da poter essere definite patologiche, ossia incapaci di operare correttamente o addirittura di avere effetto alcuno.

“Indizi” di patologia si possono riscontrare ad esempio quando nella medesima clausola o nel medesimo contratto compaiono elementi tra loro incompatibili, quali la designazione di un



foro ordinario competente in via esclusiva e la scelta per l'arbitrato. Anche formule quali "arbitraggio e foro competente", "arbitrariato", ecc., non aiutano a fornire una chiara indicazione della volontà delle parti di compromettere in arbitri la futura controversia.

In altre circostanze, la formulazione delle opzioni (rituale/irrituale, equità/diritto, ecc.) è tutt'altro che univoca, essendo affidata a formule complesse o talvolta stravaganti (ad es., "*gli arbitri decideranno liberamente come amichevoli compositori senza che la decisione abbia rilevanza in diritto e senza che i loro poteri possano in alcun modo essere accomunati a quelli del giudice*"). L'utilizzo di un linguaggio infelice rende in molti casi la clausola inoperante e porta a lunghi contenziosi volti solo a definire la natura della clausola arbitrale e ad interpretare l'esatta volontà delle parti. Altra patologia corrente è l'indicazione di un'istituzione o di un regolamento arbitrale inesistente o l'utilizzo di una designazione equivoca.

Il suggerimento è quello della semplicità. Se si vuole un arbitrato rituale, si scriva "*rituale*" e si scriva "*irrituale*" (e non "*amichevoli compositori*") se si vuole un arbitrato irrituale; così dicasi per le altre scelte (diritto o equità, ecc.). Anche se questa indicazione appare scontata, l'esperienza dimostra che scontata non è.

E. Le istituzioni arbitrali: regolamenti e costi

- **Quali sono**

In Italia la principale istituzione arbitrale è la Camera Arbitrale di Milano (CAM), azienda speciale della Camera di Commercio di Milano. All'estero, tra le più importanti si possono annoverare la *International Chamber of Commerce* (ICC), l'*International Centre for Dispute Resolution* (ICDR), la *London Court of International Arbitration* (LCIA), la *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC), le *Swiss Chambers of Commerce* (SCCAM). Le informazioni ad esse relative sono disponibili sui relativi siti web. La Camera Arbitrale di Milano possiede un ricco centro di documentazione presso il quale si trovano anche informazioni relative ad altre camere arbitrali straniere.

- **Come sceglierle**

L'attenzione principale è al regolamento, che deve essere conosciuto prima della scelta. I regolamenti possono essere più o meno "invasivi" nell'attività delle parti e degli arbitri, consentire la concessione di misure cautelari o l'intervento di terzi, normare il procedimento di nomina degli arbitri, anche prevedendone un elenco chiuso, la possibilità dell'esame del lodo da parte dell'istituzione prima della sua emissione, ecc.

Altri criteri su cui basare la scelta sono: l'effettiva operatività dell'istituzione (molte istituzioni esistono solo *sulla carta*); la specializzazione dell'istituzione per controversie di settore (ad es., WIPO per le controversie in materia di IP); l'effettiva durata dei procedimenti amministrati (opportuno quindi verificare l'eventuale pubblicazione di statistiche); le modalità di nomina degli arbitri, ecc. Suggerimento banale, ma che l'esperienza dimostra non superfluo, è quello di assicurarsi che l'istituzione indicata esista.

- **Costi**

I costi possono variare significativamente e costituire un ulteriore criterio di scelta dell'istituzione.

Qui di seguito si fornisce una comparazione esemplificativa dei costi per arbitrati di diversa fascia, valida per i procedimenti iniziati dal 1° maggio 2010 (costi medi al cambio di maggio 2010, cifre arrotondate ai decimi).

Petitem da 100.000 €	CAM	ICC	ICDR²	LCIA	SCC	SCCAM
Arbitro Unico	€ 3.500	€ 9000	Tariffa oraria	Tariffa Oraria	€ 7.500	€ 8.000
Collegio	€ 9.000	€ 27.000	Tariffa Oraria Tariffa Oraria	€ 16.500	€ 20.000	
Istituzione	€ 1.500	€ 4.800	€ 1.960	Tariffa Oraria	€ 3.500	€ 2.813

² In caso di arbitrato internazionale.

Petitem 1 M €	CAM	ICC	ICDR	LCIA	SCC	SCCAM
Arbitro Unico	€25.000	€ 36.000	Tariffa Oraria	Tariffa Oraria	€ 27.500	€ 41.625
Collegio	€ 62.500	€ 108.000	Tariffa Oraria	Tariffa Oraria	€ 60.500	€ 104.062
Istituzione	€8.000	€ 19.400	€8.650	Tariffa Oraria	€ 13.900	€ 2.813

Petitem 10 €M	CAM	ICC	ICDR	LCIA	SCC	SCCAM
Arbitro Unico	€ 90.000	€ 95.000	Tariffa Oraria	Tariffa Oraria	€ 77.000	€ 110.750
Collegio	€ 215.000	€ 285.000	Tariffa Oraria	Tariffa Oraria	€169.400	€ 276.875
Istituzione	€ 25.000	€ 48.600	€ 14.120	Tariffa Oraria	€ 28.900	€ 21.250

Le esemplificazioni sono puramente indicative, anche perché il metodo di calcolo può subire significative variabili (per esempio laddove gli onorari siano fissati per scaglioni di *petitum*)

G. Redazione delle clausole

Non si è ritenuto opportuno in questa sede proporre clausole modello. Ciò perché, dato il numero di variabili da considerare, qualsiasi modello rischia di essere insufficiente e di dovere essere integrato di volta in volta. Peraltro esiste un'abbondanza di clausole modello facilmente reperibili. In particolare quasi ogni istituzione arbitrale ha una propria clausola modello, spesso proposta in diverse varianti a seconda delle particolarità della situazione. Tali clausole, rinvenibili anche sui siti web delle singole istituzioni, possono costituire un buon punto di partenza per l'elaborazione di clausole anche per arbitrati *ad hoc*.

Va comunque sottolineato che anche ove si parta da una clausola modello, questa non può mai essere presa «a scatola chiusa». Come chiarito all'inizio di questo documento, alla redazione della convenzione arbitrale va comunque sempre prestata la medesima attenzione che si presta a qualsiasi altra disposizione contrattuale, avendo cura in particolare di tenere presenti almeno tutte le questioni qui trattate con specifico riferimento al caso concreto.

Milano, 15 giugno 2010



COMPONENTI DEL GRUPPO DI STUDIO SULL'ARBITRATO DELL'ASLA

Alemani e Associati	Maurizio Bocchiola
Bacciardi Studio Legale	Ughetta De Angelis
Bonelli Erede Pappalardo	Andrea Carlevaris
	Luca G. Radicati di Brozolo
	Laura Salvaneschi
Bryan Cave	Lucia Ostoni
	Luigi Zumbo
CBA Studio Legale e Tributario	Francesco Gambaro
	Antonio Martini
	Alessandro Poletti
Ceccon e Associati	Roberto Ceccon
Chiomenti	Stefania Bariatti
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton	Ferdinando Emanuele
Clifford Chance	Fabio Guastadisegni
	Albert Henke
Curtis Mallet-Prevost Colt & Mosle	Denis Bonvegna
	Galileo Pozzoli
De Berti, Jacchia, Franchini, Forlani	Michelangelo Cicogna
	Giovanni De Berti
	Roberto Jachia
Dewey Leboeuf	Alberto Croze
	Patrizia Sangalli,
Freshfields Bruckhaus Deringer	Massimo Benedettelli
Gianni, Origoni, Grippo & Partners	Alberto Nanni
Grimaldi e Associati	Giovanni Polvani



LCA- Lega Colucci e Associati

Lovells

Macchi di Cellere e Gangemi

Marena Castorino D'Angelo e Associati

NCTM

Norton Rose

Paratore Pasquetti e Associati

Pedersoli e Associati

Portale Visconti

Portolano Colella Cavallo

SJ Berwin

Studio Legale Riccomagno

Valerio Di Gravio

Maurizio Traverso

Cristina Pagni

Silvia Lazzeretti

Marco Sella

Francesco Marena

Alberto Toffoletto

Cecilia Buresti

Salvatore Paratore

Andrea Magliani

Edoardo Vassallo

Pietro Masi

Micael Montinari

Andrea Luciano,

Mario Riccomagno