



Diritto uniforme europeo e arbitrato: note a margine di un problema irrisolto

DI FULVIO MARIA PALOMBINO*

Sommario: 1. Posizione del problema – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia sul rapporto tra disciplina uniforme europea e arbitrato – 3. Il considerando n. 12 del Regolamento Bruxelles I *bis* – 4. Conclusioni: tra prospettive di riforma e applicazione rigorosa dell'*arbitration exclusion*.

1. Posizione del problema

Il diritto internazionale privato dell'Unione europea non ha mai inteso regolare l'arbitrato. E ciò in ragione di una scelta precisa degli Stati membri, ossia evitare interferenze dell'Unione nella regolamentazione dei rapporti tra giurisdizione statale e arbitrato e di salvaguardare, di tal modo, la propria posizione come sede privilegiata di procedimenti arbitrali internazionali. Ancora più nel dettaglio, si tratta di una intenzione manifestata sin dalle origini nella materia *de qua* e mai smentita. Così, la Convenzione di Bruxelles (1968, art. 1) prima, e i regolamenti Bruxelles I (2001, art. 1, par. 2 *d*) e Bruxelles I *bis* (2012, art. 1, par. 2 *d*) poi, con disposizioni dal tenore analogo, hanno espressamente escluso dal proprio ambito di applicazione l'arbitrato. Le uniche novità normative sono quelle rintracciabili nel contesto dell'ultimo atto legislativo rilevante in ordine cronologico (Bruxelles I *bis*) e riconducibili rispettivamente al considerando n. 12 e all'art. 73 dello stesso; ma dell'una e dell'altra parleremo di qui a poco.

Occorre muovere invece da una questione più generale, ossia quella di stabilire in che misura la scelta di tenere rigidamente separate la sfera della giustizia statale da quella dell'arbitrato sia effettivamente percorribile.

* Professore ordinario di diritto internazionale nell'Università di Napoli Federico II. Il contributo costituisce una versione provvisoria di una relazione presentata all'Università di Genova il 15 dicembre, nell'ambito del convegno "Verso il completamento dello spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale", e destinata a confluire nel volume che ne raccoglierà gli atti.

Ebbene, ragionando da una prospettiva empirica, la risposta non può che essere negativa. E le ragioni che lo spiegano si colgono agevolmente, ove si consideri: che i) i procedimenti arbitrali, per essere effettivi, necessitano spesso del supporto dei sistemi giudiziari nazionali, attivabili, tra l'altro, nelle fasi di deferimento delle parti in arbitrato, di nomina degli arbitri, dell'adozione di misure cautelari, nonché nelle fasi ulteriori di riconoscimento ed esecuzione dei lodi; che ii) un procedimento arbitrale può interferire con un giudizio statale che penda simultaneamente; e ancora che iii) tali procedimenti sono in grado di originare due pronunce confliggenti suscettibili di circolare sul territorio dell'Unione.

2. La giurisprudenza della Corte di giustizia sul rapporto tra disciplina uniforme europea e arbitrato

Se è vero quanto appena osservato, non è un caso che la Corte di giustizia sia stata chiamata più volte a perimetrare con esattezza l'ambito di applicazione della disciplina uniforme europea in tema di arbitrato. Ma l'intensità dei suoi interventi è cresciuta decisamente nel corso degli anni, spingendosi fino al punto di compromettere la *ratio* stessa di questa disciplina. Segnatamente, la giurisprudenza comunitaria sembra articolarsi lungo due fasi.

In una prima fase, la Corte di giustizia non ha fatto altro che precisare ulteriormente l'*arbitration exclusion*. Così, nel caso *Marc Rich* (Causa C-190-89, 25 luglio 1991), investita della questione se un procedimento davanti a una corte interna per la nomina di un arbitro rientri o meno nell'ambito di applicazione di detta esclusione, la Corte ha risposto positivamente, affermando il principio generale per cui la disciplina uniforme europea si ritrarrebbe con riferimento a tutte le controversie che vertono in modo diretto sull'arbitrato. In modo simmetrico, la stessa Corte, nel caso *Van Uden Maritime* (Causa C-391-95, 17 novembre 1998), ha affermato che laddove si controverta di misure provvisorie, ancorché connesse a un procedimento arbitrale in corso, questa stessa disciplina troverebbe applicazione. E in effetti "i provvedimenti provvisori non mirano, in via di principio, ad attuare un procedimento arbitrale, ma sono adottati contemporaneamente a tale procedimento e sono diretti a rafforzarne l'efficacia. [Di conseguenza] l'oggetto di detti provvedimenti non riguarda l'arbitrato in quanto materia, ma la salvaguardia dei diritti di natura molto varia. La loro appartenenza al campo di applicazione della Convenzione [di Bruxelles] è quindi determinata non già dalla loro natura, bensì dalla natura dei diritti che essi devono tutelare" (par. 33).

A questa prima fase, peraltro, in cui il giudice di Lussemburgo sembra aver esercitato un certo *self-restraint*, ne è seguita una seconda, di spiccato attivismo giudiziario, iniziata con il caso *West Tankers* (Causa C-185/07, 10 febbraio 2009) e culminata con la decisione *London Steam-Ship* (Causa C-700/20, 20 giugno 2022). In questa decisione, in particolare, e senza entrare nel merito della controversia, la Corte si è pronunciata nel senso che un lodo arbitrale può ricadere nell'ambito applicativo del regolamento Bruxelles I attraverso una sentenza che ne recepisca il contenuto, ma solo quando ciò "permetta il raggiungimento degli obiettivi fondamentali [del diritto uniforme europeo] a condizioni almeno altrettanto favorevoli di quelle previste dal regolamento [...]" (para. 58 e 59 della sentenza). Senonché, proprio nel caso di specie, l'idoneità del lodo a bloccare l'esecuzione di sentenze straniere è

stata negata perché reso in violazione di una serie di regole, nello specifico il principio della litispendenza, che avrebbe richiesto di considerare l'esistenza di un procedimento contemporaneamente pendente dinanzi ad altre corti.

I profili critici della decisione sono stati già ampiamente sottolineati dalla dottrina, ma sicuramente quello di maggiore interesse riguarda la circostanza per cui la Corte, pur confermando l'esistenza dell'*arbitration exclusion* in principio, ha finito per agevolarne il superamento in pratica, consentendo di fatto l'applicazione della disciplina uniforme europea anche all'arbitrato. D'altra parte, nella prospettiva della Corte, questo approccio si giustifica agevolmente, in quanto dettato all'evidenza dalla necessità di proteggere i valori ispiratori di questa disciplina.

3. Il considerando n. 12 del Regolamento Bruxelles I bis

Se dal piano giurisprudenziale ci si sposta su quello normativo, le incertezze non sono di minore entità e riguardano soprattutto il considerando n. 12 del regolamento Bruxelles I bis, al quale si è già fatto cenno.

Il par. 1 del considerando in oggetto, in particolare, stabilisce che “[n]essuna disposizione del presente regolamento dovrebbe impedire alle autorità giurisdizionali di uno Stato membro investite di un'azione in una materia per la quale le parti hanno stipulato una convenzione arbitrale, di rinviare le parti all'arbitrato o di sospendere il procedimento o dichiarare irricevibile la domanda e di esaminare l'eventuale nullità, inoperatività o inapplicabilità della convenzione arbitrale, conformemente al proprio diritto nazionale”. La norma si riferisce chiaramente all'ipotesi in cui davanti a due corti di due differenti Stati membri dell'Unione pendano simultaneamente due giudizi sulla validità di una medesima convenzione arbitrale. Ma la sua formulazione piuttosto ambigua ha generato due interpretazioni diametralmente opposte da parte della dottrina. Così mentre alcuni escludono in ogni caso il ricorso alle regole europee in materia di litispendenza, altri pervengono alla soluzione contraria.

Entrambe le interpretazioni, peraltro, lasciano insoddisfatti. Sicché, se le norme sulla litispendenza fossero applicabili, troverebbero spazio tattiche dilatorie come le cc.dd. *torpedo actions* e, di fatto, si finirebbe per sovvertire il significato letterale del considerando n. 12. Allo stesso tempo, però, in caso contrario, entrambe le corti potrebbero giungere ad una decisione sulla validità della clausola arbitrale. E laddove ambedue la ritenessero invalida, si pronuncerebbero nel merito della controversia, originando due pronunce soggette in ogni caso alle norme del regolamento in tema di riconoscimento (art. 45 ss.); va da sé che solo una delle due decisioni sarebbe suscettibile di essere eseguita, essendo l'esecuzione dell'altra contraria al principio della *res judicata*.

4. Conclusioni: tra prospettive di riforma e applicazione rigorosa dell'*arbitration exclusion*

Le osservazioni svolte sin ora convergono nel porre in luce gli aspetti problematici connessi a una scelta (quella di separare la giustizia statale dall'arbitrato) rivelatasi foriera di incertezze e problematiche applicative.

In questo quadro si inseriscono una serie di proposte di riforma, sollecitate sia dalla Commissione europea sia dalla dottrina più avveduta, e che vanno dall'idea di eliminare del tutto l'*arbitration exclusion* a soluzioni meno radicali, favorevoli a un ridimensionamento parziale di detta esclusione. Resta però da chiedersi se l'approccio sostanzialista seguito dalla Corte di giustizia in *London Steam-Ship* possa comunque trovare soddisfazione applicando *tout court* il regolamento Bruxelles I bis. E a noi sembra che la risposta debba essere positiva.

Ai sensi del summenzionato art. 73, par. 2, del regolamento, la vigenza dello stesso non pregiudica l'applicazione della Convenzione di New York del 1958, con l'effetto che sarà detta convenzione a disciplinare qualsiasi questione concernente il riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrali stranieri. Per conseguenza: i) a valutare la validità delle clausole arbitrali saranno gli arbitri (in forza del principio della *Kompetenz-Kompetenz*) o i giudici nazionali, che hanno il dovere, *ex art. II, par. 3*, della Convenzione, di rimettere le parti in arbitrato, a meno che la clausola non sia nulla, inoperante o insuscettibile di essere applicata; ii) il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali può essere rifiutata solo per i motivi di cui all'art. V, para. 1 e 2, della Convenzione, e dunque anche se contrari all'ordine pubblico.

Ebbene, in questo quadro vi è senz'altro spazio per la protezione dei principi fondamentali del diritto uniforme europeo. E in effetti trattasi di principi di ordine pubblico della cui applicazione ed effettività sono responsabili i giudici degli Stati membri (*EcoSwiss*, Causa C-126/97, 1° giugno 1999). Ciò implica, per un verso, che il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo arbitrale possano essere negati se contrari a un principio fondamentale del diritto uniforme europeo (e dunque all'ordine pubblico *ex art. V, par. 2*, della Convenzione); e per altro verso che la Corte di giustizia, su questo presupposto, dovrebbe essere richiesta di intervenire in via pregiudiziale solo sulla questione se un certo principio sia parte dell'ordine pubblico dell'Unione. In altre parole, dunque, la Corte potrebbe incidere unicamente sul riconoscimento ed esecuzione del singolo lodo a seconda della sua conformità o meno a detto principio.