

DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

Pratica internazionale e diritto interno

27.2

Aprile-Giugno 2013

Pubblicazione trimestrale — ISSN 1593-2605
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

Di particolare interesse in questo numero:

La scelta dell'Italia come sede per gli arbitrati internazionali

Cessione di *claims* nell'arbitrato in materia di investimenti

Il settore dell'energia negli accordi OMC

Il nuovo Regolamento Bruxelles I e l'arbitrato

Valori non commerciali nel diritto internazionale degli
investimenti

L'adesione dell'Italia alla Convenzione civile del Consiglio
d'Europa sulla corruzione



GIUFFRÈ EDITORE

PROBLEMI DI ATTUALITÀ

MICHELA DE SANTIS

IL NUOVO REGOLAMENTO BRUXELLES I-BIS E L'ARBITRATO: ALCUNE RIFLESSIONI (*)

1. Introduzione. — 2. Il Regolamento Bruxelles I e le prime proposte di modifica — 3. La Proposta della Commissione. — 4. La contrarietà del Parlamento e la perdurante esclusione dell'arbitrato. — 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione.*

Il 12 dicembre 2012 il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione Europea hanno adottato il Regolamento UE n. 1215/2012 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale UE n. L 351 del 20 dicembre 2012) recante la rifusione del Regolamento CE n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che è entrato in vigore il 10 gennaio 2013 e che ha abolito l'*exequatur* ⁽¹⁾.

Sono infatti state introdotte una serie di novità, rispetto alle regole

(*) Si ringrazia, per il sempre prezioso e paziente aiuto, MATTEO M. WINKLER.

(1) L'art. 39 del nuovo testo prevede, infatti, che «la decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in tale Stato membro è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività», così estendendo a tutte le decisioni in materia civile e commerciale l'abolizione di una qualsivoglia procedura intermedia di *exequatur* affinché una decisione resa in uno Stato membro possa valere immediatamente ed automaticamente anche in un altro diverso Stato membro (sempre dopo che tale decisione si sia confrontata con i motivi, previsti dal nuovo 45, sostanzialmente coincidenti con quelli previsti dagli artt. 34 e 35 del vecchio Regolamento, che ostano al riconoscimento: manifesta contrarietà all'ordine pubblico, decisione resa in contumacia, decisione incompatibile con una decisione emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto, o in un altro Stato membro o in un paese terzo, in una controversia avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, sempre che tale decisione soddisfi le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro richiesto). Oltre a queste, sono introdotte altre novità seppur di minor rilievo. Per una primissima lettura del nuovo Regolamento, v. M. FARINA, *Per una prima lettura del regolamento "Bruxelles I bis": il nuovo regime in tema di esecutività delle sentenze straniere*, su <http://aldricus.com/2013/01/13/farina-exequatur/#more-5557>. Nello stesso blog, ma più specificamente sul rapporto tra il nuovo Regolamento e l'arbitrato: A. LEANDRO, *Per una prima lettura del regolamento "Bruxelles I bis": la perdurante esclusione dell'arbitrato*.

contenute nel Regolamento Bruxelles I, volte ad agevolare *ulteriormente* (perché, come ammette il considerando 1, «*il Regolamento n. 44/2001 funziona, nel complesso, in modo soddisfacente*») la circolazione intra-Unione delle sentenze giudiziali, garantendo che le decisioni emesse in uno Stato membro siano riconosciute ed eseguite all'interno dell'Unione Europea in modo sempre più rapido e sempre più semplice.

Ai sensi dell'art. 81, il nuovo Regolamento si applicherà a decorrere dal 10 gennaio 2015 a eccezione degli articoli 75 e 76 che troveranno attuazione a decorrere dal 10 gennaio 2014 ⁽²⁾.

Il presente contributo intende soffermarsi più specificamente sul rapporto tra Regolamento e arbitrato, riflettendo quindi sulla mancata introduzione, nel nuovo Regolamento, di disposizioni in materia arbitrale. Infatti, dopo una serie di proposte di modifica che avevano paventato un'apertura dell'Europa all'arbitrato, il testo finale della rifusione conferma l'*arbitration exception* del regolamento n. 44/2001, senza ammetterne eccezioni e chiarendone portata ed effetti.

Le pagine che seguono ripercorrono l'*iter* legislativo della revisione con l'obiettivo di comprendere le ragioni della perdurante e definitiva esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del Regolamento.

2. Il Regolamento Bruxelles I e le prime proposte di modifica.

Il Regolamento n. 44/2001, anche noto come Regolamento Bruxelles I, escludeva l'arbitrato dal suo ambito di applicazione.

Su tale esclusione si è discusso a lungo per analizzarne le ragioni di fondo, specie alla luce delle criticità che sono emerse nel corso degli anni di applicazione del Regolamento e di una sempre maggiore diffusione dell'arbitrato come strumento di risoluzione di controversie commerciali internazionali ⁽³⁾.

⁽²⁾ Si tratta di due norme che richiedono adeguamenti e comunicazioni da parte degli Stati membri al fine di garantire la corretta applicazione del nuovo Regolamento.

⁽³⁾ La dottrina è vasta. V., ad es., H. VAN HOUTTE, *Why not include arbitration agreements in the Brussels jurisdiction*, in *Arb. Int.*, 2005, p. 509 ss.; A. MOURRE, *Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage?*, in *ASA Bulletin*, 2005, p. 408 ss.; C. KESSEDIAN, *Le Règlement 44/2001 et l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2009, p. 699 ss.; M. HELMER, *Bruxelles I and Arbitration Revisited - The European Commission's Proposal COM(2010) 748 final*, in *RabelsZ*, 2011, p. 644 ss.; B. HESS, *Improving the Interface Between Arbitration and European Procedural Law: The Heidelberg Report and the EU Commission's Green Paper on the Reform of Regulation Brussels I*, in *Cuh. Arb.*, 2010, p. 17 ss.; P.F. SCHLOSSER, *Europe - Is it Time to Reconsider the Arbitration Exception from the Brussels Regulation?*, in *Int. Arb. Law Rev.*, 2009, p. 45 ss.; P. PINSOLLE, *The Proposed Reform of Regulation 44/2001: A Poison Pill for Arbitration in the European Union?*, in *Int. Arb. Law Rev.*, 2009, p. 62 ss.; V. LAZIC, *The Commission's Proposal to Amend the Arbitration Exception in the EC Jurisdiction Regulation: How 'Much Ado about Nothing' Can End Up in a 'Comedy of Errors' and in Anti-suit Injunctions Brussels-style*, in *Journ. Int. Arb.*, 2012, p. 19 ss. Nella dottrina italiana, si veda L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la proposta di revisione del Regolamento Bruxelles I*, in *Riv. arb.*, 2011, p. 187 ss.; Id., *Choice of court and arbitration agreements and*

Così, la Commissione, dopo aver affidato una serie di studi e tenendo conto, in particolare, dei risultati emersi dal Rapporto di Heidelberg ⁽⁴⁾, nella sua Relazione dell'aprile 2009 sull'applicazione del Regolamento ⁽⁵⁾, affermava che «il rapporto tra il regolamento e l'arbitrato è problematico» e indicava, tra gli aspetti più delicati di tale rapporto, il fenomeno dei procedimenti paralleli ⁽⁶⁾ e l'incompatibilità con il Regolamento di quei

the review of the Brussels I Regulation, in *IPRax*, 2010, p. 121 ss.; M. V. BENEDETTI, 'Communitarization' of International Arbitration: A New Spectre Haunting Europe?, in *Arb. Int.*, p. 583 ss.; ID., *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favor, ostilità o indifferenza?*, in N. BOSCHERO, P. BERTOLI (a cura di), *Verso un «Ordine comunitario» del processo civile*, Napoli, 2008, p. 111 ss.; C. CONSOLO, *Arbitration and EC law. An Italian reaction in the Heidelberg colloquium*, in *Int'l Lis*, 2009, 102 ss.; ID., M. STELLA, *Brussels I Regulation Amendment Proposals and Arbitration*, in F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (a cura di), *Recasting Brussels I*, Cedam, 2012, pp. 57-57; S. AZZALI, M. DE SANTIS, *Impact of the Commission's Proposal to Revise Brussels I Regulation on Arbitration Proceedings Administered by the Chamber of Arbitration of Milan*, in F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (a cura di), *Recasting Brussels I*, cit., pp. 71-90; U. DRAETTA, A. SANTINI, *Arbitration Exception and Brussels I Regulation: no Need for Change*, in *questa Rivista*, 2009, p. 547 ss.; A. LEANDRO, *La proposta per la riforma del regolamento «Bruxelles I» e l'arbitrato*, in *Riv. Dir. Int.*, 2011, p. 177 ss.; R. CAFARI-PANICO, *Jurisdiction and applicable law in case of so-called pathological arbitration clauses in view of the proposed reform of the Brussels I Regulation*, in F. FERRARI, S. KRÖLL (a cura di), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Munich, 2011, 81 ss.

Ha seguito «passo a passo» l'iter legislativo della revisione del Regolamento Bruxelles I. L. PENASA nella rivista *Int'l lis*, 2011-2012.

⁽⁴⁾ Studio del 2007 sull'applicazione pratica del Regolamento condotto dal professor Burkhard Hess dell'Università di Heidelberg, consultabile sul sito: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf. Cfr., B. HESS, T. PFEIFFER., P. SCHLOSSER, *Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States*, Study JLS/C4/2005/03, pp. 49 ss.

Il Rapporto di Heidelberg, nonostante auspicasse una revisione del Regolamento n. 44/2001 (v. *infra* nt. 39) constatava che, a seguito di una consultazione con gli Stati membri e le parti interessate, «most of the interview stakeholders did not see any need for an extension since the New York Convention was working very well». Così le opinioni di Inghilterra, Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Irlanda, Italia, Malta, Olanda, Scozia e Spagna. Con riferimento alle posizioni assunte dai vari Paesi membri sul rapporto tra Regolamento Bruxelles I e Convenzione di New York, si ritrovano espressioni quali «proper functioning» (Inghilterra), «satisfied with the New York Convention [...] deemed to work properly» (Francia), «the New York Convention provide an efficient system», «the New York convention is generally considered to be adequate» (Olanda). Erano comunque emersi diversi gradi di soddisfazione. Qualcuno infatti, già allora, pur soddisfatto nel complesso del sistema, aveva evidenziato qualche anomalia. In particolare, «the English report expressly quotes several decisions where the interfaces between the Judgment Regulation and the application of the New York Convention were relevant. These decisions relate to anti-suit injunctions for enforcing the integrity of an arbitration agreement; the appointment of arbiters or the recognition and enforcement of arbitral awards. The English report expressly stresses the advantage of the English practice to enforce the integrity of an arbitration agreement by an anti-suit injunction. However, the recognition of these injunctions in other member states is far from clear, as the Regulation does not apply». I timori degli inglesi hanno trovato conferma nel caso *West Tankers*.

Su questa «contraddizione», contenuta anche nel Libro Verde, si vedano U. DRAETTA, A. SANTINI, *Arbitration Exception and Brussels I Regulation*, cit., p. 551.

⁽⁵⁾ COM(2009) 174 Final del 21 aprile 2009. La relazione è disponibile sul sito http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf.

⁽⁶⁾ Sul punto C. CONSOLO, *Arbitration and EC Law*, cit. p. 49 ss.; G. GAIA, *Arbitrato e procedimento giudiziario in Stati diversi dopo la sentenza della Corte di giustizia nella causa*

meccanismi processuali previsti dai diritti nazionali che rafforzano l'efficacia delle convenzioni arbitrali tramite inibitorie di azioni in giudizio (le c.d. *anti-suit injunctions*) (7).

Oltre a queste, la Commissione evidenziava altre criticità (forse meno gravi ma) strettamente legate alle prime due: la mancanza di un'attribuzione uniforme di competenze nei procedimenti giudiziari di supporto al procedimento arbitrale in tema di nomina, sostituzione o ricusazione degli arbitri, ordinanze istruttorie o misure cautelari; i dubbi attorno al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni pronunciate da un giudice in violazione di una clausola compromissoria; le troppe incertezze che accompagnano il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni che riguardano la validità di una clausola compromissoria o che annullano o incorporano un lodo arbitrale; e, da ultimo, le problematiche legate alle procedure di riconoscimento e di esecuzione dei lodi arbitrali, disciplinate dalla Convenzione di New York, ritenute meno rapide e meno efficaci di quelle concorrenti dettate del Regolamento Bruxelles I per le decisioni dei giudici statali.

Alla luce di tali criticità, con l'adozione del Libro Verde che accom-

Marc Rich c. Italmimpianti, in *Riv. arb.*, 1995, p. 417 ss., p. 420; H. VAN HOUTTE, *May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussel and Lugano Convention?*, in *Arb. int.*, 1997, p. 85 ss.; E. GAILLARD, *Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international*, in *Rev. Arb.*, 1990, pp. 761-781; G. KAUFMANN-KOHLER, *How to Handle Parallel Proceedings: A Practical Approach to Issues such as Competence-Competence and Anti-Suit Injunctions*, in *Disp. Res. Int.*, 2, 1, 2008, pp. 110 ss.

(7) Sul tema, G. CARDUCCI, *Arbitration, Anti-suit Injunctions and Lis Pendens under the European Jurisdiction Regulation and the New York Convention*, in *Arb. Int.*, 2011, 27, 2, p. 171 ss., per il quale in generale le *anti-suit injunctions* «contribute to the enforcement of arbitral agreements in International arbitration. However their cautious use in the international arena is advisable»; si veda anche E. GAILLARD, *Il est interdit d'interdire: réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international*, in *Rev. Arb.*, 2004, p. 47 ss., Id., *Reflections on the use of anti-suit injunctions in international arbitration*, in L.A. MISTELIS, J. D. M. LEW (edited by) *Pervasive problems in international arbitration*, Kluwer Law International, 2006, p. 203 ss., che le definisce «a well-known device in common law systems, are issued upon the request of a party that the other party be enjoined from initiating or from proceeding with a legal action in a different jurisdiction. [...] These measures are commonly requested to preclude parasite litigation of a dispute before a different court, whether because the first court seized has issued a ruling or because its decision is pending. Violations of such injunctions may result in heavy penalties connected to the notion of contempt of court. The court that retains its jurisdiction or anticipates that it will do so thus seeks to protect its jurisdiction or, more generally, the jurisdiction of the forum it deems to be the most appropriate enjoin a party to suspend or terminate an action brought in another country». Prosegue poi l'Autore affermando che «[t]he introduction of *anti-suit injunctions* into international arbitration is a recent trend. Directed at arbitral proceedings or at court proceedings surrounding an international arbitration, they vary in their form and are requested either in an attempt to disrupt the arbitral process or, to the contrary, to try to protect it. It is however *anti-suit injunctions* aimed at preventing an arbitral tribunal from hearing a claim or obstructing the enforcement of an arbitral award that have seen the most spectacular development in recent years, prompting a debate on the adequacy of *anti-suit injunctions* in international arbitration».

pagnava
proposte
tra le par
dette mo

Già i
sione —
Regolame
dell'*arbitr*
dalla port
i procedir
bito di a
circolare,
Europa a
le altre «d
disciplina
l'inadegua
arbitrale,
relazione
posta una
prevenire
nismo di l
sede dell'
Tuttavia, p
era mal de

Con il
sione prop
dall'ambit
mento di
procedime
«esclusiva»
suggeriva,
una norma
bitrato a de

(8) CO
nione Europe

(9) La
applicazione d
ss., in part. p.

(10) PE
ILLMER, *Brusse*
la proposta, ne
«tre condizion
successo» che
proposta della

(11) Ch

pagnava la Relazione (8), la Commissione avanzava le prime concrete proposte di modifica del Regolamento e avviava una vasta consultazione tra le parti interessate. In tema di rapporto tra Regolamento e arbitrato, dette modifiche miravano proprio a risolvere i problemi sopraccitati.

Già il Rapporto di Heidelberg aveva avanzato una proposta di revisione — la primissima proposta nel lungo *iter* che ha condotto al nuovo Regolamento — che si sostanziava nella “semplice” e netta abolizione dell'*arbitration exclusion* (9). Si trattava, evidentemente, di una proposta dalla portata dirimpante e di tutt'altro che semplice praticabilità (10): tutti i procedimenti giudiziari relativi all'arbitrato venivano ricondotti nell'ambito di applicazione del Regolamento e le relative decisioni dovevano circolare, *i.e.* essere riconosciute ed eseguite, entro il territorio dell'Unione Europea ai sensi degli artt. 32 e ss. del Regolamento, e cioè al pari di tutte le altre «decisioni in materia civile e commerciale». Ma la mancanza di una disciplina uniforme in materia di arbitrato nei diversi Stati membri e l'inadeguatezza del Regolamento a regolare le peculiarità della materia arbitrale, escludevano la concreta percorribilità di tale soluzione (11). In relazione ai procedimenti giudiziari ancillari all'arbitrato, veniva poi proposta una competenza esclusiva dei giudici della sede dell'arbitrato. E, per prevenire il fenomeno dei procedimenti paralleli, era suggerito un meccanismo di litispendenza che avrebbe garantito la priorità dello Stato della sede dell'arbitrato a decidere sulla validità della convenzione arbitrale. Tuttavia, per l'attuazione di entrambi i meccanismi, la *sede* dell'arbitrato era mal definita.

Con il Libro Verde, ispirato dal Rapporto di Heidelberg, la Commissione proponeva la «soppressione (parziale) dell'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del Regolamento» e, per questa via, l'inserimento di una «norma specifica di attribuzione della competenza» per i procedimenti giudiziari a sostegno dell'arbitrato che attribuiva competenza «esclusiva» ai giudici dello Stato della sede dell'arbitrato. Oltre a questa, si suggeriva, sempre su ispirazione del Rapporto di Heidelberg, l'inserimento una norma in grado di garantire la priorità del giudice della sede dell'arbitrato a decidere sulla validità della convenzione arbitrale, unitamente ad

(8) COM (2009) 175 Final del 21 aprile 2009. Anch'esso disponibile sul sito dell'Unione Europea.

(9) La proposta di una netta abolizione dell'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del Regolamento era stata prima da H. VAN HOUTTE, *Why Not Include*, cit., p. 509 ss., in part. p. 516 ss.

(10) Per alcuni commenti alla proposta contenuta nel Rapporto di Heidelberg, v. M. ILLMER, *Brussels I*, cit., p. 656; C. CONSOLO, *Arbitration and EC Law*, cit., p. 49 ss., per il quale la proposta, nonostante la sua ampia portata, «could become highly valuable» ma individuava «tre condizioni [non soddisfatte dal Rapporto di Heidelberg e del Libro Verde] per il suo successo» che si può affermare, *ex post*, siano state sostanzialmente recepite dalla successiva proposta della Commissione (v. *infra* § 3).

(11) Cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la proposta*, cit., pp. 194-195.

un termine entro cui contestare tale validità e a una regola di diritto internazionale privato uniforme, che faceva rinvio — ancora — alla legge dello Stato della sede dell'arbitrato, per individuare la legge sostanziale applicabile.

La soppressione dell'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del Regolamento avrebbe poi consentito «il riconoscimento di decisioni sulla validità di una convenzione arbitrale» e «il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni che incorporano/annullano il/un lodo arbitrale».

Dopo aver esposto la proposta di modifica, il Libro Verde poneva il seguente quesito alle parti interessate: quale fosse l'azione più adeguata a livello europeo tra «rafforzare l'efficacia delle convenzioni arbitrali», «garantire il buon coordinamento dei procedimenti giudiziari e arbitrali» e «potenziare l'efficacia dei lodi arbitrali». Le risposte dovevano pervenire entro il 30 giugno 2009.

Hanno risposto a tale quesito molti studiosi dell'arbitrato e le principali istituzioni arbitrali, inviando i loro contributi alla Commissione ⁽¹²⁾. Era emersa una quasi unanimità nel rigettare l'abolizione della *arbitration exception* del Regolamento, ma altresì nel rigettare la proposta di modifica del Libro Verde nel suo insieme ⁽¹³⁾, sulla base di una serie di convincenti argomentazioni.

Prima di tutto, era unanime il pensiero che il sistema — formato dalle leggi nazionali degli Stati membri, dalla Convenzione di New York, sottoscritta dalla stragrande maggioranza di essi, e dall'eccezione prevista dal Regolamento — nel suo complesso funzionasse bene e non fosse quindi necessario un intervento legislativo a livello europeo della portata di quello contenuto nel Libro Verde o, comunque, i problemi emersi non erano così gravi da giustificare un intervento che avrebbe di fatto comportato modifiche *sostanziali* alla disciplina vigente nei diversi ordinamenti degli Stati

⁽¹²⁾ Meritano particolare menzione, i reports dell'*Association for International Arbitration*, della *French Committee on Arbitration, ICC-France*, dell'*Arbitration Committee dell'International Bar Association*, della Camera Arbitrale di Milano, tutti disponibili sul sito dell'Unione Europea: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news/consulting_public/news_consulting_002_en.htm.

⁽¹³⁾ Oltre ai contributi inviati alla Commissione (v. *supra* nt. prec.), anche la dottrina ha mosso dure critiche nei confronti della proposta di revisione contenuta nel Libro Verde. Si vedano, tra i molti: P. PINSOLLE, *The Proposed Reform of Regulation 44/2001*, cit., p. 62 ss.; ID., *Les problèmes cachés de la proposition de suppression de l'exception d'arbitrage du Règlement 44/2001*, *Cah. Arb.*, 2010, p. 31 ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Choice of Court and Arbitration Agreements and the Review of the Brussels I Regulation*, cit., p. 124 ss.; U. DRAETTA, A.SANTINI, *Arbitration exception and Brussels I Regulation*, cit., p. 547 ss. In generale, sulla non-necessità e pericolosità di un intervento sull'arbitrato a livello europeo si vedano A. MOURRE, A. VAGENHEIN, *The Arbitration Exclusion in Regulation 44/2001 after West Tankers*, in *Intl. Arb. L. Rev.*, 2009, p. 75 ss.; A.PULLEN, *The Future of International Arbitration in Europe: West Tankers and the EU Green Paper*, in *Intl. Arb. Law Rev.*, 2009, p. 56 ss.

membr
interna
qualsia
pea, av
regolan
All.
non risp
Kompet
la port
giudizio
dell'arbi
La s
convenz
non ince
anzi, a r
giudici c
gno dell'
che tale
cioè que
tribunale
qualsiasi
(e, dalla

⁽¹⁴⁾
Camera Ar
precedente.
In do
scrive chiar
dangerous
Member St
internation
Convenzior
dangerous l
shaping its
attract arbit
internazion
⁽¹⁵⁾
§ 7 del Posi
⁽¹⁶⁾
553.
⁽¹⁷⁾
Proposta di
⁽¹⁸⁾
553. In que
12).
⁽¹⁹⁾
arb., 1999,
Convenzior
seguendo ur
zione del Re

membri⁽¹⁴⁾. In secondo luogo, come correttamente osservato, la natura internazionale dell'arbitrato doveva rimanere tale⁽¹⁵⁾, oltre al fatto che qualsiasi tentativo di uniformità, come è negli obiettivi nell'Unione europea, avrebbe finito per fallire vista la diversità delle leggi nazionali che regolano la materia arbitrale⁽¹⁶⁾.

Alla proposta contenuta nel Libro Verde veniva poi rimproverato di non rispettare uno dei principi «più fondamentali» dell'arbitrato, quello di *Kompetenz-Kompetenz*⁽¹⁷⁾, non ammettendo che l'esistenza, la validità e la portata della convenzione arbitrale potessero essere oggetto di un giudizio dinanzi agli arbitri, ma solo dinanzi ai giudici dello Stato della sede dell'arbitrato.

La stessa *priorità* dei giudici della sede per decidere dell'efficacia della convenzione arbitrale era considerata «controproducente», nel senso che non incentivava le parti a risolvere la controversia fuori dai tribunali ma, anzi, a rivolgersi ad essi⁽¹⁸⁾. E anche l'*esclusività* della competenza dei giudici della sede dell'arbitrato, per tutti i procedimenti giudiziari a sostegno dell'arbitrato, creava una serie di distorsioni al sistema. Basti pensare che tale competenza esclusiva riguardava anche i procedimenti provvisori, cioè quelli atti a garantire l'efficacia dell'arbitrato fino alla costituzione del tribunale arbitrale, rispetto ai quali le parti devono essere libere di adire qualsiasi giurisdizione, come stabilito anche dall'art. 31 del Regolamento (e, dalla Corte di Giustizia nel caso *Van Uden*)⁽¹⁹⁾.

(14) Si vedano, su questo, punto i §§ 9-18 dell'*IBA Report* e il *Position Paper* della Camera Arbitrale di Milano (nt. 5) ma anche i principali studiosi di arbitrato. Cfr. nt. precedente.

In dottrina, tra i tanti, M. B. BENEDETTI, 'Communitarization', cit., p. 585, il quale scrive chiaramente che «to communitarize international arbitration would be both useless and dangerous [...] useless [...] since the allegedly limited problems of coordination faced by EU Member States in this area are already solved as a result of harmonization achieved through international multilateral treaties to which they are parties [riferendosi, in nota, alla Convenzione di New York del 1958 e alla Convenzione di Ginevra Convention del 1961] [...] dangerous because it could jeopardise the autonomy that each Member State should enjoy in shaping its arbitration law so as to better meet the needs of the business community and attract arbitrations to its forum». Sul fatto che l'arbitrato sia già disciplinato dalle convenzioni internazionali, v. *infra* e v. *infra* nt. 24.

(15) Sul fatto che avesse poco senso «regionalizzare» lo strumento arbitrale, si veda il § 7 del *Position Paper* della Camera Arbitrale di Milano (v. *supra* nt. 12).

(16) U. DRAETTA, A. SANTINI, *Arbitration exception and Brussels I Regulation*, cit., p. 553.

(17) Così è stato correttamente definito da L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la Proposta di revisione del Regolamento Brussels I*, cit., p. 199, il quale fa questa osservazione.

(18) Così, U. DRAETTA, A. SANTINI, *Arbitration exception and Brussels I Regulation*, cit., p. 553. In questo senso anche il *Position Paper* della Camera Arbitrale di Milano (v. *supra* nt. 12).

(19) *Van Uden Maritime BV v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 313 ss., con nota di C. PETTINATO, *Provvedimenti provvisori e arbitrato nella Convenzione di Bruxelles del 1968*. La Corte di Giustizia nel caso *Van Uden* del 1998, seguendo un'interpretazione restrittiva dell'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del Regolamento, cambiando rotta rispetto al passato (caso *Marc Rich* del 1991 in cui

Infine, la nozione stessa di *sede* dell'arbitrato — come concetto giuridico — cui evidentemente il Libro Verde dava ampio, forse troppo, risalto ⁽²⁰⁾, era stata ampiamente criticata. Oltre a non prevedere l'ipotesi di designazione della sede da parte di un'istituzione arbitrale o tramite un regolamento arbitrale e imponendo, in caso di mancata indicazione da parte delle parti e del tribunale arbitrale, il ricorso al solo giudice ⁽²¹⁾, tale nozione prevedeva altresì che detto giudice fosse individuato sulla base del medesimo criterio dettato dal regolamento per l'individuazione del giudice competente in assenza di previsione arbitrale. Ciò avrebbe favorito il *forum shopping* offrendo all'attore la facoltà di scegliere tra il giudice del domicilio del convenuto e il giudice dove l'obbligazione è stata o deve essere eseguita. Una delle parti, di sua iniziativa e senza il consenso dell'altra, avrebbe così avuto la possibilità di fissare la sede dell'arbitrato in uno Stato piuttosto che in un altro sulla base di una valutazione di mera convenienza, mentre all'opposto la sede dell'arbitrato dovrebbe essere fissata in un Paese neutrale e non sulla base di valutazioni opportunistiche e unilaterali ⁽²²⁾.

La proposta del Libro Verde pertanto non fu accolta con favore dalla comunità arbitrale internazionale, non solo perché un intervento europeo nella materia arbitrale non era in generale ritenuto necessario, ma anche per via delle criticità che presentava in particolare *tale* proposta.

Così, il Parlamento Europeo, chiamato a pronunciarsi sulla proposta contenuta del Libro Verde, il 7 settembre 2010 votava una Risoluzione ⁽²³⁾ in cui esprimeva forte contrarietà rispetto alla riforma del rapporto tra il sistema di Bruxelles e l'arbitrato, affermando la sua «decisa» contrarietà «all'abolizione (anche parziale) dell'esclusione dell'arbitrato dal campo di applicazione del regolamento», e ciò considerando che l'arbitrato è trattato

la Corte aveva fornito un'interpretazione *estensiva* dell'esclusione affermando che la controversia relativa alla designazione di un arbitro ricade nell'ambito di esclusione del testo del Regolamento), ha ritenuto che la competenza del giudice statale di uno Stato membro ad emanare provvedimenti urgenti e cautelari in caso di controversia sottoposta nel merito ad arbitrato è sottoposta al Regolamento.

⁽²⁰⁾ Scrivono di «too much emphasis», U. DRAETTA, A. SANTINI, *Arbitration exception and Brussels I Regulation*, cit., p. 553.

⁽²¹⁾ Così S. AZZALI, M. DE SANTIS, *Impact of the Commission's Proposal to Revise Brussels I Regulation*, cit., p. 81.

⁽²²⁾ Così E. GAILLARD nel sua lettera indirizzata alla Commissione Europea all'indomani della proposta formulata dal Libro Verde, disponibile su: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/civil_society_ngo_academics_others/mr_emmanuel_gaillard_en.pdf. Lo studioso di arbitrato saggiamente afferma che la previsione di una competenza esclusiva del giudice della così-definita sede dell'arbitrato, oltre ad essere «precisely what the parties want to avoid when they resort to arbitration, i.e. losing the neutrality of having their dispute settled in a forum independent from all parties' legal orders», «offers several options to the parties with respect to jurisdiction [...] determining the seat of arbitration on the basis of this criterion will undoubtedly encourage forum shopping and prove problematic in practice», fino a concludere che «the proposed reform will most certainly create more problems than it solves».

⁽²³⁾ P7_TA(2010)0304 Disponibile sul sito dell'Unione Europea. <http://www.europarl.europa.eu>.

petenz, ecc.) devono essere ammessi «conformemente all'orientamento precedente alla sentenza *West Tankers*» (26).

Con quest'ultimo *considerando*, il Parlamento non solo confermava l'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del regolamento ma addirittura ne ampliava la portata: essa doveva ricomprendere «anche i procedimenti giudiziari che decidono della validità o della misura della competenza arbitrale in via principale o incidentale o pregiudiziale», così consentendo ai giudici degli Stati membri — ma, di fatto, solo a quelli inglesi — di emettere *anti-suit injunctions* a tutela dell'arbitrato. Infatti l'esclusione dall'ambito di applicazione del Regolamento dei giudizi statali che hanno ad oggetto la validità, l'efficacia e l'ampiezza della convenzione arbitrale faceva venir meno il principale argomento utilizzato dalla Corte di giustizia nella sentenza *West Tankers* per sancire l'«illegittimità europea» delle *anti-suit injunctions* a tutela dell'arbitrato (27). Più esattamente, la Corte nel caso *West Tankers* aveva affermato che il rimedio dell'*anti-suit injunction* non è conforme al regime di Bruxelles I, poiché ai giudici di uno Stato membro è vietato effettuare un controllo sulle modalità con cui i giudici degli altri Stati membri affermano o negano la propria competenza. Ciò anche quando tale rimedio è a supporto, non di un'azione dinanzi ad un'autorità giudiziaria, come nei casi *Gasser* e *Turner* che la Corte richiama (28), ma di un arbitrato. La Corte di Giustizia infatti, noncurante

(26) Il caso *West Tankers* che ha dato luogo al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sfociato nella sentenza che qui si commenta, è stato instaurato il 10 dicembre 2004 da *West Tankers* nei confronti delle compagnie assicurative italiane Generali e Allianz, chiamate in giudizio dopo il risarcimento dell'assicurata. Veniva chiesto alla High Court di dichiarare che le parti fossero vincolate dalla clausola compromissoria contenuta nel contratto di noleggio sottoscritto originariamente tra *West Tankers* e l'assicurata, nonché di emettere un'*anti-suit injunction* a tutela del procedimento arbitrale.

Si vedano, *West Tankers Inc. v. Riunione Adriatica di Sicurtà S.p.A. and others*, [2005] EWHC 454 (Comm). In appello, in cui è stata sollevata la domanda pregiudiziale, *West Tankers Inc. v. Riunione Adriatica di Sicurtà S.p.A. and others*, [2007] UKHL 4. Per la sentenza della Corte di Giustizia, Corte di Giustizia CE, 10 febbraio 2009, C-185/07, *Allianz S.p.A. e Generali Assicurazioni S.p.A.*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 67 ss. Si vedano i commenti di K. DAVIES, *Whereto now, the Italian Torpedo*, disponibile su *Kluwerarbitrationblog*, 16 maggio 2011; M. M. WINKLER, *West Tankers: la Corte di Giustizia conferma l'inammissibilità delle anti-suit injunctions anche in ambito escluso dell'applicazione del Regolamento Bruxelles I*, in questa *Rivista*, 2008, p. 735 ss.; F. PERILLO, *Arbitrato comunitario e anti-suit injunctions nella sentenza West Tankers della Corte di Giustizia*, in questa *Rivista*, 2009, p. 351 ss. Si veda altresì, sul caso *West Tankers*, C. CONSOLO, *Arbitration and EC Law*, cit., pp. 49-50.

(27) COSÌ L. PENASA, *Ancora sulla revisione del reg. Bruxelles I: la parola al Parlamento Europeo*, in *Int'l lis.*, 2011, 3-4, p. 117.

(28) Corte di Giustizia CE, 9 dicembre 2003, C-116/02, *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*, *Racc.* 2003, p. I-14693 ss., pubblicata in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 371 ss. Si vedano i commenti di G. P. ROMANO, *Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts Gasser et Owusu*, in *Cahiers dr. eur.* 2008, p. 175 ss.; R. FENTIMAN, *Case C-116/02, Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*, in *Common market law rev.*, 2005, p. 241 ss. Corte di Giustizia, 27 aprile 2004, C.159/02, *Turner v. Grovit*, *Racc.* 2004, p. I-3565 ss. Si veda il commento critico di T. KRUGER, *The Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space: Turner v. Grovit*, in *I.C.L.Q.*, 2004, p. 1030 ss.

dell'*arbitration exception*, aveva applicato al caso il Regolamento ed i suoi principi, così precludendo l'uso dell'*anti-suit injunction* anche a tutela dell'arbitrato (29).

Era dunque chiara e netta la scelta del Parlamento, all'indomani del Libro Verde, di non promuovere l'abolizione anche solo parziale dell'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del Regolamento proposta dalla Commissione e le ragioni di tale presa di posizione, che almeno in parte erano coincidenti con quelle emerse dalle consultazioni promosse dalla stessa Commissione, erano ben precise. Ciò non lasciava presagire nulla di buono per l'arbitrato.

Tuttavia, anche all'indomani della risoluzione del Parlamento, non si poteva negare l'esistenza di non pochi problemi nel sistema formato dalla *arbitration exception*, dalla Convenzione di New York e dalle singole leggi nazionali.

Mancava infatti, a livello europeo, un'applicazione uniforme della Convenzione di New York, potendo gli Stati membri interpretare le sue norme in maniera differente. E se ciò, da un lato, aveva creato una forte competizione tra i vari sistemi giuridici così favorendo il *progresso* dell'istituto arbitrale (30), dall'altro lato la mancanza di uniformità aveva fatto emergere una serie di *anomalie* nel funzionamento del sistema europeo, tra cui l'instaurarsi di procedimenti paralleli, e il conseguente venir meno della certezza del diritto.

Mancavano infatti a livello europeo una disciplina uniforme sulla *Kompetenz-Kompetenz* (31) e, più in generale, una disciplina *ad hoc* che regolasse il rapporto tra procedimenti arbitrali e procedimenti giudiziari: così poteva accadere che, anche a fini elusivi e dilatori, una parte vincolata da una convenzione arbitrale portasse la controversia dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria e opponesse, a fronte dell'eccezione di arbitrato sollevata da controparte, l'invalidità o l'inefficacia della convenzione stessa (32); che, conseguentemente, il giudice statale dichiarasse invalida la convenzione arbitrale e proseguisse il giudizio nel merito fino a rendere una sentenza suscettibile di circolare nell'Unione in conformità al Regolamento; e che, parallelamente, un giudizio arbitrale si svolgesse, senza alcuna interferenza, in un altro Stato membro — quello della sede dell'arbitrato — sino alla pronuncia del lodo, lodo che poteva così risultare in contrasto con il giudicato della sentenza (33).

(29) Così, M. M. WINKLER, *West Tanker*, cit., p. 739.

(30) Così, L.G. RADICATI DI BROZIOLO, *L'arbitrato e la proposta di revisione del Regolamento Bruxelles I*, cit., p. 190.

(31) Sulla mancanza di una applicazione uniforme in Europa del principio di *Kompetenz-Kompetenz*, si veda G. CARDUCCI, *Arbitration*, cit., 186-187.

(32) E. GAILLARD, *Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international*, in *Rev. arb.*, 1990, pp. 761-781, p. 760.

(33) Su questo tema, G. GAJA, *Arbitrato e procedimento giudiziario in Stati diversi dopo*

Era evidente dunque la gravità del fenomeno, non solo con riguardo all'arbitrato, ma anche — nell'ottica europea, e non di quella della comunità dell'arbitrato — con riguardo alla certezza del diritto e dei rapporti contrattuali intra-Unione.

Tale situazione, almeno nel contesto europeo, era attribuibile, unitamente alle criticità della Convenzione di New York e alle singole leggi nazionali, all'esclusione della materia arbitrale dall'applicazione del Regolamento⁽⁵⁴⁾.

L'esclusione peraltro non riguardava soltanto il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali, per i quali comunque operano la Convenzione di New York e le leggi nazionali, ma anche — e soprattutto — i procedimenti a sostegno dell'arbitro, compresi quelli provvisori, cioè atti a garantire l'efficacia dell'arbitrato fino alla costituzione del tribunale arbitrale, e quelli in tema di validità della clausola arbitrale. Tutti procedimenti che, in assenza di una regola generale in tema di litispendenza, non erano gestiti né gestibili a livello sovranazionale.

Nonostante tutte queste anomalie, nella pratica non erano emersi problemi significativi o, meglio, la Corte di Giustizia era stata, almeno apparentemente, in grado porvi rimedio senza particolari difficoltà; la Corte infatti, con le sue pronunce, ha fornito una serie di criteri interpretativi che hanno consentito di colmare le lacune del sistema, così da rendere (ancora) apparentemente superfluo un intervento legislativo sul punto⁽⁵⁵⁾.

Nondimeno, era innegabile che con il caso *West Tankers*, ma già con i casi *Gasser e Tuner*, e altri ancora⁽⁵⁶⁾, le difficoltà sopra illustrate si

la sentenza della Corte di giustizia nella causa *Marc Rich c. Italmimpianti*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 417 ss., p. 420; H. VAN HOUTTE, *May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussel and Lugano Convention?*, in *Arb. int.*, 1997, p. 85 ss. Quest'ultimo si domanda esattamente: «What happens, however, if the court which rendered the decision assumed jurisdiction in spite of an arbitration clause or even in spite of an award rendered on the same subject matter between the same parties? Arbitration clauses and awards are entitled to recognition and enforcement under the New York Convention 1958, to which all states bound by the Brussels and Lugano Conventions have also adhered. The question then arises: to what extent is a court decision, rendered in spite of an arbitration clause, enforceable under the Brussels or Lugano Conventions?». Lo stesso Autore scrive di «conflict de conventions».

⁽⁵⁴⁾ Sul punto, C. CONSOLO, *Arbitration and EC law*, cit., p. 49 ss.

⁽⁵⁵⁾ Si vedano Corte di Giustizia CE, 25 luglio 1991, causa C-190/89, *March Rich & Co. AG v. Società Italiana Impianti (Atlantic Emperor)*, *Racc.* 1991, p. I-3894 ss, par. 9. Per alcuni commenti si vedano le note di P. MAYER, in *Rev. crit. dr. int. pr.* 1993, p. 316 ss. e di A. HUET, *Journ. dr. int.* 1992, p. 488 ss.; G. GAJA, *Arbitrato e procedimento giudiziario in Stati diversi*, cit., p. 417 ss.; e Corte di Giustizia CE, 17 novembre 1998, causa C-391/95, *Van Uden Maritime BV v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 313 ss., con nota di C. PETTINATO, *Provvedimenti provvisori e arbitrato nella Convenzione di Bruxelles del 1968*.

⁽⁵⁶⁾ Per una panoramica dei più noti casi indicativi di un malfunzionamento del sistema arbitrale intra-Unione si veda L. G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la proposta di revisione del Regolamento Bruxelles I*, cit., pp. 192-194.

fossero accentuate, rafforzando la convinzione che l'assetto europeo dovesse essere migliorato.

Ciò nonostante, non mancava chi rimaneva fermamente convinto, anche alla luce di questa giurisprudenza, che il sistema Bruxelles I non necessitasse di alcuna revisione ⁽³⁷⁾.

3. La Proposta della Commissione.

Nel corso della revisione del Regolamento Bruxelles I, la Commissione, consapevole della necessità di un intervento legislativo, ma anche dell'insuccesso del Libro Verde, decideva di correggere il tiro ⁽³⁸⁾: non l'imposizione dall'alto di una disciplina analitica ma l'introduzione di poche regole di coordinamento in grado di risolvere le difficoltà emerse nella pratica, in particolare dovute a particolarismi nazionali ⁽³⁹⁾.

Così, il 14 dicembre 2010, la Commissione adottava la Proposta finale di rifusione del Regolamento n. 44/20010 (di seguito "Proposta") ⁽⁴⁰⁾ che sembrava proprio andare in quella direzione prospettando poche norme in materia di arbitrato: norme, nel loro complesso, dalla portata ben più limitata rispetto a quella delle prime proposte ⁽⁴¹⁾.

Entrando nel dettaglio della Proposta, la Commissione correttamente confermava, quale regola generale, l'estraneità della materia arbitrale al Regolamento. Al tempo stesso, si prospettava l'introduzione di alcune «norme speciali» volte ad «evitare procedimenti paralleli e tattiche processuali scorrette» quando «la sede dell'arbitrato concordata o designata si situa in uno Stato membro» (considerando n. 20 della Proposta).

Tali «norme speciali» si sostanziavano di fatto in un'unica regola sulla litispendenza, tracciata nell'art 29 (4) della Proposta, dal seguente tenore

⁽³⁷⁾ Tra gli altri, U. DRAETTA, A. SANTINI, *Arbitration Exception and Brussels I Regulation*, cit., pp. 552-553, per i quali «the present system has worked well for arbitration so far [...] [t]he practitioners' view is that the few cases where problems have occurred within the EU during the last 40 years with regard to the recognition and enforcement of judicial decisions relating to arbitration do not justify far-reaching amendments of the Regulation».

⁽³⁸⁾ Si è parlato, a tal proposito, di approccio «minimalista», v. M. ILLMER, *Brussels I and arbitration*, cit., p. 657, il quale ha commentato analiticamente questa proposta e il meccanismo ivi previsto. Oltre a lui, v. L. G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la proposta di revisione del Regolamento Bruxelles I*, cit., p. 187 ss.; G. CARDUCCI, *Arbitration. Anti-suit injunctions*, cit., p. 171 ss.

⁽³⁹⁾ Come auspicavano le parti interessate (Rapporto di Heidelberg, v. *supra* nt. 4) e la prevalente dottrina. Per tutti, G. CARDUCCI, *Arbitration*, cit., p. 190, per il quale «no revolutionary or far-reaching amendment to the regulation seems needed nor advisable». Nel Rapporto di Heidelberg si affermava, contraddittoriamente rispetto alla premessa sul generale soddisfacimento del funzionamento del sistema formato dalla Convenzione di New York e dalla *arbitration exclusion* di cui al regolamento, che «the practical problems relating to the exclusion can no longer be dissimulated».

⁽⁴⁰⁾ COM(2010) 748 Final del 14 dicembre 2010.

⁽⁴¹⁾ Così L. G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la proposta di revisione del Regolamento Bruxelles I*, cit., p. 217.

letterale: «qualora la sede dell'arbitrato concordata o designata si trovi in uno Stato membro, il giudice di un altro Stato membro la cui incompetenza sia eccepita in base a una convenzione arbitrale sospende il procedimento non appena il giudice dello Stato membro in cui si trova la sede dell'arbitrato o il tribunale arbitrale sia stato investito di un procedimento diretto ad accertare, in via principale o incidentale, l'esistenza, a validità o l'efficacia della convenzione arbitrale».

Dunque, la soluzione individuata dalla Commissione, per risolvere il problema dell'instaurarsi di procedimenti paralleli, consisteva nell'introduzione di una (sola) norma sulla litispendenza specifica per l'arbitrato. Tale norma poi — e non quella contenuta nel Libro Verde — attuava appieno il principio di *Kompetenz-Kompetenz* ammettendo la possibilità che della questione della validità della convenzione arbitrale fossero investiti anche gli arbitri e non soltanto i giudici statali della sede dell'arbitrato. Questa alternativa peraltro poteva costituire un buon compromesso tra la negazione del principio di *Kompetenz-Kompetenz* nella sua accezione negativa e una soluzione forse troppo *arbitration-friendly*, come quella, avanzata da una parte della dottrina⁽⁴²⁾, di attribuire competenza esclusiva sulla validità della convenzione arbitrale agli arbitri.

Veniva poi precisato, nei commi successivi, che il giudice nazionale di cui era contestata la giurisdizione potesse, ove previsto dalla *lex fori*⁽⁴³⁾, declinare *immediatamente* la propria giurisdizione; e che il giudice nazionale adito per primo, e di cui la competenza veniva contestata, al momento dell'accertamento della esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale da parte del giudice della sede dell'arbitrato o del tribunale arbitrale stesso, fosse tenuto a dichiarare la propria incompetenza.

In via strumentale al corretto svolgimento di questa disposizione, la Proposta dettava due ulteriori regole in materia di arbitrato: una che definiva il momento in cui «il tribunale arbitrale si intende adito» (art. 33 (3)), l'altra che fissava le modalità di determinazione della «sede dell'arbitrato» (considerando n. 20).

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, centrale rispetto al funzionamento di un qualsivoglia meccanismo volto a regolare la simultaneità di due processi sulla medesima lite in due Stati membri diversi, veniva stabilito che la sede dovesse essere quella «scelta» dalle parti o, in mancanza di tale indicazione, quella «designata» dal tribunale arbitrale, dall'istituzione arbitrale o da altra autorità scelta direttamente o indirettamente

⁽⁴²⁾ H. VAN HOUTTE, *Why not include arbitration*, cit., p. 520.

⁽⁴³⁾ È il caso della (sola) Francia. V. art. 1448 del Codice di Procedura Civile Francese introdotto con l'ultima riforma, riforma che ha codificato l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva il c.d. effetto negativo della *Kompetenz-Kompetenz*. Per un commento, v. M. DE SANTIS, M. M. WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico. Parte prima. La convenzione d'arbitrato e il procedimento arbitrale*, in *questa Rivista*, 2011, IV, p. 927 ss, pp. 941-944.

dalle parti. Così, se rispetto alla soluzione prospettata nel Libro Verde erano emerse forti perplessità perché, per la determinazione della sede dell'arbitrato in caso di mancata determinazione ad opera delle parti o degli arbitri, si proponeva di fare riferimento al «giudice dello Stato membro che sarebbe stato competente a conoscere della controversia ai sensi del regolamento in mancanza di una previsione arbitrale», la Proposta appariva più convincente perché rispettosa della volontà delle parti e in linea con molte fonti dell'arbitrato commerciale internazionale, oltre ad incentivare le parti ad indicare la sede dell'arbitrato direttamente ed espressamente nella convenzione arbitrale stessa ⁽⁴⁴⁾.

Al di là di questa norma sulla litispendenza, e delle norme che ne garantivano il funzionamento, la Proposta non introduceva ulteriori norme in materia di arbitrato ⁽⁴⁵⁾. Da qui l'evidente minor portata di questa Proposta di revisione rispetto a quella precedente del 2009.

Diversamente dalla proposta contenuta nel Libro Verde, nessuna regola di diritto internazionale privato europea — così come nessuna norma di diritto sostanziale — veniva introdotta al fine di uniformare le decisioni dei giudici statali o degli arbitri investiti della questione sulla validità della clausola arbitrale, i quali, al fine di individuare la legge sostanziale applicabile, avrebbero così dovuto applicare le leggi di diritto internazionale privato dei singoli Stati membri (i giudici) o le rispettive *lex arbitri* (gli arbitri) ⁽⁴⁶⁾.

Non era poi prevista nessuna competenza esclusiva per i procedimenti giudiziari a sostegno dell'arbitrato e nessuna norma era stata introdotta con riguardo alle decisioni in tema di arbitrato — che dovevano rimanere regolate dalla Convenzione di New York — confermando la generale esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del Regolamento.

⁽⁴⁴⁾ Così L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la proposta di revisione*, cit., p. 204, il quale scrive, a proposito della nozione di *sede* contenuta nel considerando 20 della Proposta della Commissione, che «anche se in ipotesi marginali tal regola potrebbe impedire il corretto funzionamento della disposizione sulla litispendenza, essa evita per lo meno la soluzione contorta e fortemente contestabile per l'identificazione della sede prevista nel Rapporto di Heidelberg. In pratica, essa costituisce semplicemente un incentivo ulteriore per le parti a fissare la sede sin dall'inizio». Così anche S. AZZALI, M. DE SANTIS, *Impact of the Commission's Proposal*, cit., pp. 81-82, questi ultimi evidenziano, tuttavia, come da un'analisi delle clausole arbitrali compiuta dalla Camera Arbitrale di Milano, ma generalizzabile, emerge che «parties do not pay attention to this aspect, often taking into account the seat only as the location where the hearings will materially take place». Così, concludendo che, esattamente in queste (frequenti) situazioni, diventa «cruciale» il ruolo dell'istituzione e del regolamento arbitrali. Si vedano, l'art. 4 del Regolamento Arbitrale della Camera Arbitrale di Milano, l'art. 16 delle LCIA Arbitration Rules, l'art. 14 delle ICC Rules e l'art. 16 delle Swiss Rules.

⁽⁴⁵⁾ Come correttamente osservato infatti, tale meccanismo, rispetto alla precedente soluzione, non necessitava nemmeno dell'adozione di norme in tema di validità ed effetti della convenzione arbitrale, come quella di cui all'Art. II della Convenzione di New York che avrebbe comportato, oltre ad una interferenza con la Convenzione di New York, una sorta di scongiurabile armonizzazione delle regole in tema di convenzioni arbitrali, diverse da Stato a Stato, con una conseguente limitazione di libertà dei singoli Stati sul punto. Così, L. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la proposta*, cit., p. 208.

⁽⁴⁶⁾ Così M. ILLMER, *Brussels I and arbitration*, cit., p. 663.

Un cenno all'arbitrato era presente nella norma dedicata ai provvedimenti provvisori e cautelari (art. 36) là dove si diceva che «[i] provvedimenti provvisori o cautelari previsti della legge di uno Stato membro possono essere richiesti al giudice di detto Stato anche se la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta al giudice di un altro Stato o [in base al testo dettato dalla Proposta] a un tribunale arbitrale» così riammettendo, come la giurisprudenza europea aveva chiarito (47), e come il Libro Verde aveva erroneamente smentito, il ricorso a qualsiasi autorità giurisdizionale per l'ottenimento di un provvedimento cautelare anche laddove la competenza a conoscere il merito della causa sia riconosciuta a un tribunale arbitrale.

Almeno a una prima impressione, la Proposta poteva rappresentare una buona soluzione di compromesso (48): non si trattava di una vera e propria disciplina dettata dall'Europa in materia di arbitrato ma, di fatto, di una sola norma che, senza essere invadente rispetto alle normative nazionali e senza creare interferenze con le altre normative sovranazionali, avrebbe contrastato il fenomeno dei procedimenti paralleli, come era negli obiettivi del legislatore europeo nella revisione del Regolamento per quanto concerne il suo rapporto con l'arbitrato.

Del resto, lo stesso *Impact Assessment* della revisione del Regolamento predisposto dalla Commissione (49), al pari del considerando 20 della Proposta, identificava come obiettivo «specifico» della revisione quello «di assicurare una coordinazione trasparente e prevedibile dei procedimenti giudiziali e arbitrali che tuteli e migliori l'appetibilità dell'Unione Europea come sede di arbitrato» e come obiettivo «operativo» quello di «evitare procedimenti giudiziali e arbitrali simultanei e di ridurre le possibilità di interferenze nei procedimenti arbitrali attraverso il ricorso a tattiche processuali abusive». Non era richiesto altro. E regolare questo fenomeno per tramite dell'istituto della litispendenza che, per definizione, tende ad impedire il simultaneo esercizio della funzione giurisdizionale sulla stessa causa da parte di più giudicanti — giudici o arbitri che siano —

(47) Nel caso *Van Uden*. Cfr. *supra* nota 19.

(48) Così i commentatori della Proposta. Cfr. L. G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la proposta*, cit., p. 225, per il quale la Proposta costituiva un «passo avanti significativo» nella prevenzione del fenomeno dei procedimenti paralleli, aggiungendo anche, «quanto meno se le parti designano in modo oculato la sede dell'arbitrato», quindi affermando che «è difficile sostenere che [il meccanismo di litispendenza previsto dalla Proposta] sia meno efficace del ricorso alle *anti-suit injunctions*». Nello stesso senso G. CARDUCCI, *Arbitration, Anti-suit injunctions*, cit., 192-193, per il quale la Proposta, quindi la norma sulla litispendenza e quella (strumentale) che definisce la sede dell'arbitrato, «represent a simple and valuable tool to prevent the risk of parallel proceedings, or parallel court and arbitral proceedings, in two EU Member States». Nello stesso senso, e fermamente, M. ILLMER, *Brussels I and arbitration*, cit., p. 666, per il quale «the *lis pendens*-mechanism is the most effective and easily applicable solution for the issue of parallel proceedings».

(49) SEC(2010) 1547 Final. Disponibile su: http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/docs/ia_2010/sec_2010_1547_en.pdf.

diversi, al fine soprattutto di evitare il contrasto fra giudicati, poteva rappresentare una (se non la) soluzione.

Accanto a questi aspetti positivi, la Proposta era criticabile sotto altri punti di vista. Celava, ad esempio, una sorta di obbligatorietà, per la parte che eccepiva la convenzione d'arbitrato, di instaurare una procedura (arbitrale o ordinaria) che ne accertasse la validità, non essendo sufficiente la semplice invocazione della convenzione arbitrale e ciò poteva essere considerato ancora «controproducente»⁽⁵⁰⁾, ma comunque lo era meno di prima perché, rispetto alla proposta avanzata dal Libro Verde, qui era ammessa la possibilità di adire della questione direttamente il tribunale arbitrale⁽⁵¹⁾. E anche il fatto che la sospensione fosse svincolata da ogni termine, appariva un aspetto problematico⁽⁵²⁾.

Tuttavia, nel suo complesso — e senza pregiudizi nei confronti del legislatore europeo e di una sua eventuale competenza legislativa in materia di arbitrato — la Proposta poteva esser vista di buon occhio come, del resto, era stata vista dai primi commentatori⁽⁵³⁾.

4. La contrarietà del Parlamento e la perdurante esclusione dell'arbitrato.

Il Parlamento, nella sua seduta del 20 novembre 2012, ha preso

⁽⁵⁰⁾ Così era stata definita la proposta di modifica di cui al Libro Verde dalla Camera Arbitrale di Milano. Nel suo *Position Paper* (nt. 12), la Camera evidenziava che la necessità di una declaratoria di validità della convenzione arbitrale da parte del giudice della sede dell'arbitrato «instead of enforcing the parties' will to solve the dispute out of the court, such a rule will inevitably favor a race to the court». Si tenga conto che nella proposta del Libro Verde la declaratoria di validità della convenzione arbitrale doveva provenire necessariamente dal giudice dello Stato della sede (e non, in alternativa, dal tribunale arbitrale) e che la sede era, come si è visto, mal definita. Qui invece il meccanismo, essendo prevista la possibilità di adire della questione il tribunale arbitrale, in alternativa al giudice della sede dell'arbitrato, e definendo compiutamente la sede dell'arbitrato, era parzialmente cambiato, così il problema dell'«obbligatorietà» e delle sue conseguenze appariva ridimensionato tanto da non meritare più, forse, una tale accezione.

⁽⁵¹⁾ Su questo punto si veda L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la Proposta*, cit. pp. 207-208, il quale muove la medesima critica e correttamente osserva che è vero che con la Proposta la parte che eccepiva la convenzione arbitrale avrebbe potuto instaurare direttamente un arbitrato per accertarne la validità ma ciò poteva «non essere conveniente, anche semplicemente sotto il profilo dei costi, se non ha domande nei confronti dell'attore. In tal caso potrebbe essere più semplice per essa iniziare un'azione di accertamento dell'esistenza, validità o ambito di applicazione della convenzione arbitrale innanzi al giudice della sede, fermo restando che se è convinta dell'accoglimento della propria eccezione da parte del giudice adito nel merito, essa conserva l'opzione che ha oggi (quando è l'unica), ossia quella di difendersi di fronte ad esso. Ovviamente, però, se la sua eccezione non viene accolta da tale giudice, essa rischia una sentenza di merito che sarà in linea di massima eseguibile ai sensi del Regolamento».

⁽⁵²⁾ Così L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato e la proposta*, cit., il quale aggiunge che era da ritenere che l'instaurazione del giudizio dinanzi al giudice o all'arbitro della sede dovesse avvenire «nei termini ordinari per la proposizione dell'eccezione di giurisdizione seconda la legge del giudice adito, così da garantire efficienza e prevedibilità e prevenire strategie attendiste». Così anche M. ILLMER, *Brussels I Revisited*, cit., par. C 14 a).

⁽⁵³⁾ V. *supra* nt. 48.

posizione sulla Proposta della Commissione approvando il progetto di risoluzione legislativa del 28 giugno 2011 (relatore Tadeusz Zwiefka)⁽⁵⁴⁾, che richiedeva il ritiro del considerando 20 e dell'art. 29 (4) e la precisazione della portata dell'esclusione. Il Parlamento affermava ancora una «decisa» contrarietà «all'abolizione (anche parziale) dell'esclusione dell'arbitrato dal campo di applicazione del regolamento», sulla base delle medesime argomentazioni svolte con riguardo alla precedente proposta della Commissione.

Alla posizione espressa dal Parlamento ha fatto seguito la decisione del Consiglio del 6 dicembre 2012 che ha approvato la predetta posizione. Visto l'accordo dei due organi, si è conclusa senza *ping-pong* la procedura legislativa ordinaria di revisione del Regolamento Bruxelles I.

Nel testo definitivo, come si poteva prevedere dall'atteggiamento restio del Parlamento nei confronti dell'arbitrato nel corso degli anni di gestazione del Regolamento, non è stata introdotta nessuna novità volta a migliorare, o tentare di migliorare, il problematico rapporto Regolamento-arbitrato. Mettendo a confronto il vecchio 44/2001 e il nuovo 1215/2012, nonostante la «storia... infinita» della revisione⁽⁵⁵⁾ fin qui descritta, la sostanza non è mutata. La rifusione fa solo alcune precisazioni a livello di *considerando*.

E come se non bastasse, queste precisazioni vanno nel senso opposto rispetto a quello espresso nelle proposte avanzate dalla Commissione nel corso degli anni, dunque nel senso opposto rispetto a una possibile apertura dell'Europa all'arbitrato⁽⁵⁶⁾.

In concreto, nel nuovo testo, viene inserito solo un «nuovo» considerando, considerando n. 12, che chiarisce il contenuto e gli effetti *dell'arbitration exclusion* (art. 1, par. 2, lett. d), la quale a sua volta non contiene nessun «fatto salvo...».

Detto considerando, composto di quattro commi, afferma anzitutto che «nessuna 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,

⁽⁵⁴⁾ 2010/0385(COD) Disponibile su: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/pr/869/869709/869709it.pdf.

⁽⁵⁵⁾ Come definita da L. PENASA, *La storia ... infinita della revisione del Reg. Bruxelles I: l'orientamento generale del Consiglio UE*, in *Int'l lis*, 2012, 3, p. 114.

⁽⁵⁶⁾ Sul fatto che il nuovo Regolamento non introduca nulla di nuovo sotto il profilo del suo rapporto con l'arbitrato e che «reiterates the same old position against arbitration», uno dei primissimi commenti: D. DRAGUEV, *Impact of Brussels I's Recasting on Arbitration: Putting Enforcement Problems on Statutory Basis (Part II)*, su kluwerarbitrationblog.com. Tra i primi commenti anche A. FREMUTH-WOLF, *Issues Specific to Arbitration in Europe, The European Convention on International Arbitration as a Tool to Remedy Pathological Arbitration Agreements - "There's still Life in the Old Dog yet!"*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2013, p. 61 ss., per il quale la soluzione del Parlamento rappresenta un «draw-back (since all explicit provisions on *lis pendens* between arbitral tribunals and courts have been removed from the Proposal».

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». Tuttavia nessun *obbligo* di sospensione — e di attesa di una decisione sulla validità della convenzione arbitrale che provenga dal giudice di un altro Stato membro, ossia quello della sede — viene imposto al giudice adito, con la conseguenza che il rischio di procedimenti paralleli e decisioni (quella arbitrale e quella resa da un tribunale nazionale) contrastanti non è affatto scongiurato⁽⁵⁷⁾.

Tuttavia lo stesso considerando, tentando forse di arginare il problema, aggiunge che, se è vero che la pronuncia con cui il giudice decide nel merito dopo aver dichiarato l'invalidità della convenzione arbitrale e dopo essersi dichiarato competente può circolare «conformemente» al regolamento, è altresì vero che ciò «non dovrebbe pregiudicare la competenza delle autorità giurisdizionali degli Stati membri a decidere sul riconoscimento e sull'esecuzione dei lodi arbitrali conformemente alla convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, conclusa a New York il 10 giugno 1958» convenzione che, afferma il considerando, «prevale sul Regolamento». Questo linguaggio sembrerebbe forse consentire al giudice dell'esecuzione, dinanzi a due decisioni contrastanti, di far rispettare la sentenza arbitrale (se considerata valida ai sensi della Convenzione di New York), e non la sentenza pronunciata dal tribunale nazionale. È vero che anche prima era affermata la supremazia delle convenzioni internazionali⁽⁵⁸⁾, ma ora il riferimento è ben più specifico: si tratta di un riferimento espresso alla Convenzione di New York, inserito nello specifico considerando dedicato alla materia arbitrale. Questo mutamento sistematico e letterale potrebbe, per chi scrive, costituire un appiglio per sostenere la tesi poc'anzi ipotizzata.

Viene poi affermato che ogni decisione (principale o incidentale) concernente la validità e l'efficacia della convenzione «non dovrebbe essere soggetta alle disposizioni del presente regolamento», così ampliando evidentemente l'ambito di applicazione della *arbitration exception*. Dunque anche le inglesi *anti-suit injunctions* parrebbero in principio ammesse, perché escluse dall'ambito di applicazione del Regolamento (già nella risoluzione del 7 settembre 2010 il Parlamento si era espresso in questo senso)(v. *supra* § 2).

Tuttavia, subito dopo, viene affermato che le autorità giurisdizionali

(57) Così A. LEANDRO, *Per una prima lettura del regolamento*, cit., par. 8.

(58) Recitava il considerando 25: «Il rispetto degli impegni internazionali assunti dagli Stati membri implica che il presente regolamento non incida sulle convenzioni alle quali gli Stati membri aderiscono e che riguardano materie speciali». Sul rapporto tra la Convenzione di New York e le *anti-suit injunctions*, alla luce della sentenza del caso *West Tankers*, oltre ai commenti già citati, v. G. GAJA, *Convenzione di New York sull'arbitrato e anti-suit injunctions*, in *Riv. dir. int.*, 2000, 2, p. 505 ss.

«di uno», *i.e.* di ciascuno, «Stato membro» (e non solo quelle dello Stato della sede dell'arbitrato) hanno la facoltà di pronunciarsi sulla validità della convenzione arbitrale e la supremazia della Convenzione di New York.

Alla luce di questa seconda considerazione, è possibile allora concludere (all'opposto) che con il nuovo testo, ossia con l'espreso richiamo nel Regolamento della Convenzione di New York e ammettendo la espressa facoltà, per ogni autorità giurisdizionale nazionale, di decidere sulla validità della convenzione arbitrale, il legislatore europeo abbia voluto recepire, e non contraddire, il contenuto della sentenza *West Tankers* ⁽⁵⁹⁾. Del resto, nella versione finale del Regolamento, il Parlamento europeo ha eliminato ogni riferimento anche linguistico alle *anti-suit injunctions* che invece si ritrovava nelle precedenti posizioni espresse dello stesso Parlamento.

Infine, viene affermata l'inapplicabilità del Regolamento anche «ai procedimenti *accessori*» rispetto all'arbitrato e cioè a quei procedimenti riguardanti la costituzione del tribunale arbitrale, i poteri degli arbitri, lo svolgimento della procedura arbitrale o «qualsiasi altro aspetto di tale procedura», così come i procedimenti di controllo della sentenza arbitrale (annullamento, riesame, impugnazione), il riconoscimento e l'esecuzione.

5. *Considerazioni conclusive.*

«*Much Ado About Nothing*» per dirla con le parole di William Shakespeare. L'arbitrato rimane escluso dall'ambito di applicazione del Regolamento Bruxelles, senza eccezioni, senza nessuna nuova regola in materia arbitrale. Solo qualche precisazione, a livello di «considerando». Troppo poco? Forse.

Si è persa, infatti, l'occasione per migliorare il funzionamento dello strumento arbitrale all'interno dell'Unione Europea. E se si pensa che, come osservato dalla Commissione Europea nell'*Impact Assessment* che ha accompagnato la Proposta ⁽⁶⁰⁾, il 63% delle società europee preferisce l'arbitrato alla giurisdizione dei tribunali statali, si comprende ancor di più perché si è trattato di «occasione persa». Contrastare il fenomeno dei procedimenti paralleli era di fondamentale importanza. Tale fenomeno ha infatti un impatto decisamente negativo sullo spazio giurisdizionale europeo e, conseguentemente, sui rapporti commerciali che necessitano di tutela e certezza del diritto. Ed il sistema, come delineato dal Regolamento e dalla Convenzione di New York — tra le quali sembra esservi un rapporto di coesistenza più che di coordinamento — non era, e non è, in grado di assicurare questa certezza: basti pensare che la scelta di una parte contrat-

⁽⁵⁹⁾ Ritiene che il nuovo Regolamento «assorba» i principi della sentenza *West Tankers* anche A. LEANDRO, *Per una prima lettura del regolamento*, par. 10.

⁽⁶⁰⁾ V. *supra*, nt. 49.

dello Stato
dibilità della
New York.
ora conclu-
chiamo nel
la espressa
sulla vali-
oluto rece-
rs (59). Del
europeo ha
actions che
tesso Parla-

o anche «ai
rocedimenti
di arbitri, lo
etto di tale
nza arbitrale
l'esecuzione.

William Shake-
e del Regola-
ola in materia
ndo». Troppo

ramento dello
si pensa che,
ment che ha
ce preferisce
ancer di più
enomeno dei
enomeno ha
onale euro-
essitano di
regolamento
in rapporto
a grado di
re contrat-

anza West

tuale di ricorrere all'arbitrato rischia di essere vanificata dal comporta-
mento dell'altra che può facilmente sabotare l'arbitrato, e rivolgersi a un
foro favorevole, allegando l'invalidità della convenzione arbitrale dalla
stessa sottoscritta, quindi ottenere una decisione concorrente a quella
arbitrale.

La Proposta della Commissione, quindi l'introduzione di una regola
sulla litispendenza specifica per l'arbitrato, avrebbe potuto rivelarsi effi-
cace o comunque rappresentare un primo concreto tentativo di risolvere il
grave problema dei procedimenti paralleli nell'ambito dello spazio giuri-
dico comune europeo, e ciò per mezzo di uno strumento (questo sì, a
differenza dell'*anti-suit injuncion*) rispettoso di quel clima di fiducia e di
rispetto reciproci che deve caratterizzare, e cui deve mirare, una qualsivo-
glia normativa europea sulla giurisdizione. Sotto altro aspetto, una regola
sulla litispendenza avrebbe poi potuto rappresentare quell'anello di colle-
gamento, ossia di coordinamento, tra il Regolamento e la Convenzione di
New York che si andava cercando.

Immaginare una regola diversa è assai difficile. Quel che è certo è che
questa non sarà oggetto di dibattito nei prossimi immediati anni... almeno
nell'ottica di una revisione del Regolamento Bruxelles.