

Michela De Santis - Matteo M. Winkler

---

**LA RIFORMA FRANCESE DEL DIRITTO  
DELL'ARBITRATO: UN COMMENTO  
SISTEMATICO.  
PARTE PRIMA. LA CONVENZIONE  
D'ARBITRATO E IL PROCEDIMENTO  
ARBITRALE**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

MICHELA DE SANTIS - MATTEO M. WINKLER

LA RIFORMA FRANCESE DEL DIRITTO  
DELL'ARBITRATO:  
UN COMMENTO SISTEMATICO

Parte prima

La convenzione d'arbitrato e il procedimento arbitrale (\*)

1. Obiettivi e novità della riforma francese del 2011. — SEZIONE I. LA CONVENZIONE D'ARBITRATO. — 2. La nuova convenzione d'arbitrato. — 2.1. Clausola compromissoria e compromesso. — 2.2. La forma. — 2.3. Le *clauses blanches*. — 2.4. I requisiti del compromesso. — 2.5. L'autonomia della convenzione d'arbitrato. — 2.6. Effetto negativo della *compétence-compétence*. — 2.7. Convenzione d'arbitrato e misure istruttorie e cautelari *ante causam*. — SEZIONE II. IL TRIBUNALE ARBITRALE. — 3. La figura del *juge d'appui*. — 4. Il tribunale arbitrale. — 4.1. La costituzione: aspetti generali. — 4.2. Il completamento del collegio. — 4.3. L'arbitrato con pluralità di parti. — 4.4. Le difficoltà nella costituzione del tribunale arbitrale. — 4.5. Momento di costituzione del tribunale arbitrale e *révelation*. — 4.6. La sostituzione degli arbitri. — 4.7. Il procedimento dinanzi al *juge d'appui*. — 4.8. L'inderogabilità della disciplina. — SEZIONE III. IL PROCEDIMENTO ARBITRALE. — 5. Il procedimento arbitrale. — 5.1. L'instaurazione. — 5.2. La durata. — 5.3. Le regole. — 5.4. Effetto positivo della *compétence-compétence*. — 5.5. Il principio dell'*estoppel*. — 5.6. L'istruzione probatoria. — 5.7. Il potere cautelare degli arbitri. — 5.8. Le prove detenute da terzi. — 5.9. Giudizio di verificaione e querela di falso. — 5.10. L'interruzione e la sospensione. — 5.11. La fine del procedimento.

1. *Obiettivi e novità della riforma francese del 2011.*

In costante competizione con la Svizzera e il Regno Unito, la Francia ha sempre vantato un primato nel campo del diritto dell'arbitrato (1). Basti

---

(\*) La presente prima parte del commentario tratta delle modifiche apportate dalla riforma francese in materia di arbitrato interno dall'art. 1442 all'art. 1477 del *Nouveau code de procédure civile* (fino alle disposizioni sulla fine del procedimento). La parte sulla riforma relativa agli art. da 1478 a 1527, dunque sul lodo, le impugnazioni e l'arbitrato internazionale sarà invece affrontata nel prossimo numero di questa *Rivista*. Sebbene questo saggio sia il risultato di un lavoro comune, devono attribuirsi a MATTEO M. WINKLER i par. fino al 4.4, e i successivi a MICHELA DE SANTIS.

(1) Secondo G. CUNIBERTI, *Beyond contract - The case for default arbitration in*

pensare al ruolo svolto dall'*International Chamber of Commerce (ICC)*, che in dieci anni di attività ha amministrato ben 6.550 arbitrati commerciali internazionali. La sua presenza nella capitale francese è valsa a quest'ultima la qualifica di «City» dell'arbitrato (2).

La presenza dell'*ICC*, però, è solo uno dei fattori che fanno della Francia il paese «*arbitration-friendly*» per eccellenza. A contribuire a questa caratteristica è stata anche e soprattutto la capacità del legislatore francese di intuire l'importanza dell'istituto e di codificarlo in una legge tendenzialmente completa, moderna e liberale, già dall'inizio degli anni Ottanta. Proprio per la sua modernità, la legge francese (o, meglio, il libro IV del *Nouveau code de procédure civile, NCPC*) è stato assunto a modello da molti paesi europei, che ad esso si sono ispirati per l'integrazione delle proprie discipline in materia arbitrale (3). Non a caso, quando lo stesso legislatore francese si è trovato a stilare un bilancio dell'applicazione dei due decreti del 1980 e 1981, il giudizio è stato più che positivo (4).

Parte del successo è dovuto poi alla giurisprudenza, che nel corso degli anni ha arricchito la disciplina dell'arbitrato con una raffinata opera di interpretazione, adattandola alle nuove esigenze dell'economia e degli operatori del diritto e, tuttavia, mantenendo sempre quello spirito liberale che aveva guidato il legislatore del 1980-81. Una giurisprudenza che, senza esitazione, ha riconosciuto l'esistenza di un «*ordre juridique arbitral*» e definito l'arbitro un «*juge international*» (5). Con riguardo all'ordinamento francese può quindi parlarsi a tutti gli effetti di una vera e propria «cultura

---

*International commercial disputes*, in 32 *Fordham Int. Law Journ.*, 2008-2009, p. 417 ss., p. 419, «[i]n Europe, a match of giants opposes France and Switzerland, with the United Kingdom as a runner-up».

(2) E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, in *Rec. Dalloz*, 2011, p. 175 ss., p. 177. Sul tema v. anche P. BELLET, *Paris, the City of Arbitration?*, in 1 *Univ. Miami Yearbook of Int. Law*, 1991, p. 17 ss.

(3) Ci si riferisce ai due decreti n. 80-354 del 14 maggio 1980 e n. 81-500 del 12 maggio 1981, che hanno introdotto nel *Nouveau code de procédure civile* la disciplina dell'arbitrato in vigore fino ad oggi (artt. 1442-1507). P. FOUCHARD, *Vers une réforme du droit français de l'arbitrage?*, in *Rev. arb.*, 1992, p. 197.

Negli anni '80 in Europa si è assistito ad un processo di riforma dell'istituto arbitrale che ha visto vari Paesi coinvolti, tra cui Belgio (nel 1985), Paesi Bassi (nel 1986), Spagna (nel 1988) e Svizzera (nel 1989). E non vi è dubbio che la Francia, con la sua riforma realizzata negli anni '80 e '81, abbia giocato un ruolo centrale in questo processo di riforma almeno sotto il profilo dell'antioriorità temporale. Si vedano in tema E. CÉSARO, *Il diritto dell'arbitrato in Francia e la sua influenza in Europa*, in *Riv. dir. impr.*, 1996, pp. 451 ss.; P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, p. 131 ss.

(4) Sono di questo avviso P. FOUCHARD, *Rapport de synthèse*, in *Rev. arb.*, 1992, p. 381 ss.; B. MOREAU, *Prospective et évolution du droit français de l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1992, p. 195 ss.

(5) Per una visione in questo senso dell'arbitrato commerciale internazionale v. E. GAILLARD, *Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international*, in 134 *Journ. dr. int.*, 2007, p. 1163 ss., che dedica diffusa attenzione alla sentenza della Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 giugno 2007, *PT Putrabali Adyamulia c/ Société Rena Holding et al.*, in *Rev. arb.*, 2007, p. 507, con nota di E. GAILLARD, nella quale i supremi giudici hanno affermato che «la sentence arbitrale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est

arbitrale» — quella che in Italia, per svariate ragioni, tarda a venire — intesa come «scienza largamente vissuta, [...] come una componente [...] della civiltà contemporanea», che ha portato al superamento di quei dubbi e pregiudizi che di solito affliggono l'istituto arbitrale quale strumento di giustizia privata «alternativa» (6).

Venendo ai giorni nostri, dopo trent'anni il legislatore ha sentito l'esigenza di intervenire con una riforma globale dell'arbitrato. Come si legge nel Rapporto del Ministro della Giustizia francese introduttivo della riforma (qui di seguito «Rapporto») (7),

après trente ans de pratique, il est apparu nécessaire de réformer ce texte, afin, d'une part de consolider une partie de acquis de la jurisprudence qui s'est développée sur cette base, d'autre part, d'apporter des compléments à ce texte au fin de améliorer l'efficacité et, enfin, d'y intégrer des dispositions inspirées par certains droit étrangers dont la pratique a prouvé l'utilité.

Di qui il testo del decreto del 14 gennaio 2011, n. 48 («Decreto»), che costituisce il risultato dell'iniziativa assunta dal *Comité Français de l'Arbitrage* (CFA), che già nel 2006 aveva steso un progetto preliminare di riforma (8). Riforma i cui obiettivi si possono riassumere come segue.

---

une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées».

Nello stesso Rapporto al Decreto (cit. *infra* nota 7) si fa espresso riferimento, commentando il nuovo art. 1511 *NCPC*, all'esistenza di un «ordre juridique autonome en matière d'arbitrage internationale».

(6) Sul tema v. E. FAZZALARI, *La cultura dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 1 ss. In Italia, al contrario, solo negli ultimi anni si è diffusa una «cultura arbitrale» ma le perplessità nei confronti dell'istituto non sono ancora state del tutto superate, oltre al fatto che una serie di ostacoli (legislativi e non) permangono nel sistema-Italia. Emblematico, a questo proposito, è il fatto che il legislatore italiano abbia consacrato il principio in base al quale il lodo arbitrale ha la stessa efficacia di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria solo nel 2006, mentre in Francia l'assimilazione della *sentence arbitrale* al *jugement judiciaire* è intervenuta con una norma che risale al 1980 (vecchio art. 1476 *NCPC* e nuovo art. 1484). In Francia, dunque, l'arbitrato è un istituto storicamente più affermato, che si è sviluppato al punto di dar vita, in Francia sì, ad una vera e propria «cultura arbitrale».

(7) Ministère de la Justice et des Libertés, *Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*, in *Journ. off.*, 14 janvier 2011.

(8) Sulla gestazione del decreto si veda L. DEGOS, *L'histoire du nouveau décret, dix ans de gestation*, in T. CLAY (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage. Acte du colloque du 28 février 2011*, Paris, 2011, in via di pubblicazione. Per il testo del progetto di riforma del 2006, pubblicato dal CFA, v. J.-L. DEVOLVÉ, *Présentation du texte proposé par le Comité Français de l'Arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2006, p. 491 ss. Il CFA nel 2001 ha dato il via alla riforma creando una Commissione di studio *ad hoc* presieduta dal Prof. Pierre Mayer.

Per un primo commento v. E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, in *Cah. arb.*, 2011, p. 263 ss., e, in lingua inglese, J. P. HARB, C. LOBIER, *New Arbitration Law in France: The Decree of January 13, 2011*, in *26 Mealey's Int. Arb. Rep.*, 2011, p. 31 ss., per i quali «[t]he Decree has met practitioners' high expectations» e «there is no doubt that the Decree will allow France to successfully preserve and even improve its position as one of the most favorable seats for international arbitration». V. inoltre, C. JARROSSON, J. PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage*

Anzitutto, vi è la volontà di cristallizzare, attraverso la loro codificazione, un considerevole numero di precedenti giudiziari. Nel fare questo, il legislatore francese si rivolge principalmente (ma non solo) agli operatori stranieri, per i quali certi aspetti della giurisprudenza interna restavano incomprensibili e dunque fonte di incertezza.

Occorreva in particolare sanzionare con lo *status* di legge importanti principi enucleati dalla giurisprudenza, quali: l'eliminazione della distinzione tra clausola compromissoria e compromesso, per far spazio al concetto unico di «*convention d'arbitrage*» (art. 1442 *NCPC*); il principio dell'autonomia della convenzione d'arbitrato (art. 1447); il principio della *compétence-compétence* (art. 1448); la possibilità per le parti, sin tanto che il tribunale arbitrale non si è costituito, di rivolgersi al giudice statale per la pronuncia di misure istruttorie, cautelari o conservative (art. 1449); la definizione dei motivi di riconsuazione degli arbitri (art. 1456); la nozione di «*juge d'appui*», inizialmente consacrata dalla dottrina e poi espressamente ripresa dalla giurisprudenza, che interviene in assistenza al tribunale arbitrale (art. 1459); la definizione del principio dell'*estoppel* (art. 1466) e, non da ultimo, la consacrazione del potere degli arbitri di obbligare le parti a produrre elementi di prova in dibattimento con la previsione di una pena pecuniaria in caso di inottemperanza (art. 1467).

Ma il nuovo Decreto non è un tutto un *déjà-vu* <sup>(9)</sup>. Infatti, il secondo obiettivo della riforma è rimuovere dal sistema le norme divenute obsolete o «inadatte», nell'ottica di una generale modernizzazione dell'istituto per introdurre di nuove <sup>(10)</sup>.

Sotto questo aspetto, vanno segnalate significative novità, soprattutto con riguardo alle norme che, per loro natura, non potevano essere integrate o reinterpretate dalla giurisprudenza poiché disciplinavano i rimedi contro il lodo arbitrale (*voies de recours*). In particolare, nell'ambito dell'arbitrato interno, risultava d'ostacolo all'efficacia del procedimento e del lodo arbitrale la norma in base alla quale quest'ultimo era sempre suscettibile d'appello salvo diverso accordo delle parti.

La disciplina *post*-riforma ribalta completamente questa impostazione,

---

*après le décret du 13 janvier 2011*, in *Rev. arb.*, 2011, p. 5 ss., che (a p. 5) giudicano la riforma come «une vraie réforme qui, tout en restant dans la ligne tracée en 1980-1981, tantôt recueille les fruits de la jurisprudence, tantôt innove. Les apports de cette réforme peuvent être résumés en quelques mots-clés: clarté, précision, souplesse, autonomie, efficacité, rapidité». V. inoltre, per un'overview della riforma, B. CASTELLANE, *The New French Law on International Arbitration*, in 28 *Journ. Int. Arb.*, 2011, p. 371 ss.; M.-E. ANCEL, *Le nouveau droit français de l'arbitrage: le meilleur de soi-même*, in 4 *Arbitrage*, 2011, p. 822 ss.; E. A. SCHWARTZ, *The New French Arbitration Decree: The Arbitral Procedure*, in *Cah. arb.*, 2011, p. 349 ss. e l'interessante lavoro di N. DARWAZEH, B. RIGAudeau, *Clues to Construing the New French Arbitration Law*, in 28 *Journ. Int. Arb.*, 2011, p. 381 ss.

<sup>(9)</sup> Riprendendo l'espressione di J. KIRBY, *Introductory Note to the 2011 French law on Arbitration*, in 50 *Int. Leg. Mat.*, 2011, p. 258 ss., p. 259.

<sup>(10)</sup> Aggettivo utilizzato da E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Le nouveau droit français*, cit., p. 176.

escludendo *a priori* la possibilità di appellare il lodo salvo diverso accordo (nuovo art. 1489) e fatta salva la facoltà delle parti di esperire lo strumento del *recours en annulation* sulla base di motivi tassativamente indicati dal legislatore e limitati ad *errores in procedendo*.

Nell'arbitrato internazionale, rappresentava poi un impedimento all'efficacia del lodo la norma che ne sospendeva l'esecutività in pendenza di impugnazione (previgente art. 1506), la quale viene infatti sostituita con una di senso esattamente contrario (cfr. il nuovo art. 1526).

Infine (ecco il terzo obiettivo), è intenzione del legislatore introdurre nuove disposizioni ispirate alla pratica dell'arbitrato commerciale internazionale, prendendo spunto anche da leggi di altri Paesi e tenendo sempre a mente il fine ultimo di mantenere la Francia nella posizione di «*première place mondiale de l'arbitrage*»<sup>(11)</sup>.

Basti pensare alla disposizione che, nell'arbitrato internazionale, dà alle parti la possibilità di rinunciare al *recours en annulation* (art. 1522 *NCPC*), unico strumento di impugnazione esperibile contro i lodi «internazionali» resi in Francia, precisando altresì che, in questi casi, le parti possono sempre appellare l'ordinanza che concede l'*exequatur* sulla base degli stessi motivi previsti per il *recours en annulation*. Questa previsione, come lo stesso Rapporto sottolinea, è ispirata a «*droits étrangers existant*» quali quelle svizzera<sup>(12)</sup> e belga<sup>(13)</sup>, che da tempo permettono alle parti di rinunciare o escludere la revisione del lodo «internazionale».

Si pensi inoltre alla norma che, sempre in materia di arbitrato internazionale (e solo in quest'ambito), accorda al presidente del collegio arbitrale, in caso di mancato raggiungimento della maggioranza, di decidere lui la lite, anch'essa ispirata ad altri ordinamenti *arbitration-friendly* come — di nuovo — quello svizzero<sup>(14)</sup> e quello belga<sup>(15)</sup>.

Nel suo complesso, il Decreto modifica integralmente il libro IV del *NCPC*, dall'art. 1442 all'art. 1507, a far data dal 1° maggio 2011. Fanno eccezione talune norme, espressamente indicate, che trovano applicazione solo se la convenzione d'arbitrato è stata stipulata dopo quella data ovvero

---

(11) Così è definita Parigi dal Ministro della Giustizia francese, Michel Mercier, in un'intervista resa in *Arbitrage: Paris veut conserver son leadership*, in *Les Echos*, 14 gennaio 2011, p. 5. Il Ministro afferma infatti che: «Paris est la première place mondiale de l'arbitrage et je souhaite qu'elle le reste: orque notre droit est particulièrement reconnu, il est de la responsabilité des pouvoirs publics de faire en sorte qu'il continue à rayonner». Aggiunge poi, con riferimento ad un possibile spostamento della sede della ICC da Parigi a Ginevra, che «le gouvernement est particulièrement attentif à la situation de la Chambre internationale». Così — conclude la giornalista de *Les Echos* — il nuovo decreto farebbe parte di una «strategie» del governo francese per tentare di riconquistare la ICC.

(12) V. al riguardo l'art. 192 della L. svizzera 18 dicembre 1987, n. 291, sul diritto internazionale privato (di seguito «LDIP»).

(13) Cfr. l'art. 1717 della L. belga del 10 ottobre 1967 (*Code judiciaire*).

(14) Art. 189 LDIP.

(15) Art. 1701 del *Code judiciaire* belga, purché lo abbiamo convenuto le parti.

se il tribunale arbitrale si è costituito dopo quella data ovvero, infine, se il lodo è stato reso successivamente <sup>(16)</sup>.

Ciò che invece non è cambiato a seguito della riforma del 2011 è la differenziazione, in termini di disciplina, tra l'*arbitrage interne* (titolo I) e quello che il legislatore francese qualifica come «*arbitrage international*» (titolo II), e cioè «*l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*» (art. 1504).

La Francia ha così deciso di mantenere un sistema dualistico del diritto dell'arbitrato, non accogliendo il modello, oggi recepito in Italia e in altri paesi ed inaugurato con l'*Arbitration Act 1996*, che detta un'unica disciplina per arbitrato interno ed arbitrato internazionale. Si tratta di una scelta discutibile, se si pensa che «dal punto di vista concettuale, della loro funzione e del loro funzionamento, arbitrato interno ed arbitrato internazionale sono identici» <sup>(17)</sup> e se si considerano le difficoltà derivanti dai continui richiami che la disciplina dell'arbitrato internazionale rivolge a quella dell'arbitrato interno <sup>(18)</sup>.

Analizzando la sopraccitata nozione di arbitrato internazionale — che il legislatore della riforma ha peraltro lasciato immutata rispetto alla versione previgente — si noterà come essa, per la sua ampiezza, esaurisca tutti i possibili criteri di collegamento che danno conto dei «contatti con una pluralità di ordinamenti» <sup>(19)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> Entrano in vigore solo se la convenzione arbitrale è stata stipulata dopo il 1° maggio 2011 le norme di cui agli artt. da 1442 a 1445 *NCPC* (in materia di convenzione arbitrale e, in particolare, la regola della non-nullità delle c.d. *clauses blanches*), 1489 (che stabilisce che il lodo non è suscettibile di *appel* salvo diversa volontà delle parti) e 2° e 3° al. dell'art. 1505 (sulla competenza del presidente del *TGI* di Parigi, quale *juge d'appui*, nell'arbitrato internazionale). Entrano in vigore solo se il tribunale arbitrale si è costituito dopo il 1° maggio 2011 gli artt. da 1456 a 1458 (che regolano la costituzione del tribunale arbitrale, la *disclosure* e la sostituzione degli arbitri), 1486 (che riduce il termine per fare istanza di correzione del lodo), 1502 (che indica il tribunale arbitrale, e non più la Corte d'appello, quale organo competente in caso di *recours en révision*), 1513 (che, nell'ambito dell'arbitrato internazionale, dà la possibilità al solo presidente del collegio arbitrale di decidere lui la lite in caso di mancato raggiungimento della maggioranza) e 1522 (che, nell'ambito dell'arbitrato internazionale, dà alle parti la possibilità di rinunciare al *recours en annulation*). L'art. 1526 (che, sempre nell'ambito dell'arbitrato internazionale, fissa il principio per cui il *recours en annulation* o l'appello dell'ordinanza concessiva dell'*exequatur* non hanno effetto sospensivo) si applica solo alle sentenze arbitrali rese dopo il 1° maggio 2011. Si tratta, in sostanza, delle norme maggiormente innovatrici della riforma.

<sup>(17)</sup> L'osservazione è di M.V. BENEDETTELLI, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato internazionale. Introduzione*, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (dir.), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, p. 529.

<sup>(18)</sup> Per un'analisi critica del sistema arbitrale dualistico, si veda P. MAYER, *Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage International?*, in *Rev. arb.*, 2005, pp. 361ss.

<sup>(19)</sup> M.V. BENEDETTELLI, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato internazionale*, cit., p. 530. A livello comparatistico, e con riguardo all'ordinamento italiano, il legislatore italiano del 1994, sulla scorta di quello francese, aveva disciplinato l'arbitrato internazionale in via autonoma (capo VI del libro IV), adottando tuttavia la nozione *svizzera* di arbitrato internazionale, che risulta meno ampia di quella francese. In questo senso, (tutt'ora) l'arbitrato è internazionale qualora le parti non abbiano il «domicilio o la dimora abituale» in Svizzera. Il legislatore italiano vi ha aggiunto un ulteriore criterio oggettivo, «qualora debba essere eseguita all'estero una parte

Accanto a questa definizione, destinata ad attirare sempre più arbitrati internazionali, va ricordato — ancora a sostegno dell'inadeguatezza del sistema dualistico — che i due regimi si sono sempre più ravvicinati anche per effetto delle pronunce della stessa giurisprudenza francese, la quale ha via via esteso l'approccio *arbitration-friendly*, che inizialmente caratterizzava solo l'arbitrato internazionale, anche all'arbitrato interno <sup>(20)</sup>.

## SEZIONE I LA CONVENZIONE D'ARBITRATO

### 2. *La nuova convenzione d'arbitrato.*

#### 2.1. *Clausola compromissoria e compromesso.*

**Art. 1442. — *La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.***

***La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.***

***Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.***

Se il legislatore del 1981 aveva deciso di disciplinare distintamente la *clause compromissoire* e il *compromis*, dedicandovi tre interi capi (il terzo

---

rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia riferisce». La nozione italiana certamente non esauriva tutte le ipotesi di «internazionalità». Nel 2006 il legislatore ha eliminato la distinzione. Leggendo le vecchie disposizioni contenute nel capo VI, si noterà come nella sostanza si trattasse di un arbitrato nazionale in cui il legislatore aveva esaltato al massimo l'autonomia delle parti. A ciò si aggiunga che detta disciplina doveva necessariamente fare i conti con le convenzioni internazionali (in specie quelle di New York e di Ginevra), dando così vita a quello che è stato definito un rapporto di «subordinazione-integrazione» che creava non pochi problemi nell'individuazione della legge applicabile formata, nell'ordine, dalle disposizioni pattizie (nei limiti in cui queste sono ammesse), dalle disposizioni inderogabili previste dalla convenzione e dalle disposizioni codicistiche. Così G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2006, pp. 178-179.

Alla luce di queste considerazioni, cioè di una maggiore semplicità che caratterizza il sistema monista, si comprende la scelta del legislatore italiano e meno quella del legislatore francese dell'ultima riforma. Non è di questo avviso, ritenendo — con argomentazioni convincenti che vanno ben oltre il vantaggio della indiscutibile, ma forse non sufficiente per preferire un sistema piuttosto che l'altro, maggior «semplicità» che caratterizza il sistema monista — che «la mera abrogazione del regime dualista in Italia sia stata un errore», L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Requiem per il regime dualista dell'arbitrato internazionale in Italia? Riflessioni sull'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1267 ss., p. 1279.

<sup>(20)</sup> Così P. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, p. 3, per i quali «par en effet en retour, le libéralisme de l'arbitrage international tend à entraîner un assouplissement progressif du droit de l'arbitrage interne». Si veda anche C. JARROSSON, *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne*, in *L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis. Etudes offertes à Alain Plantey*, Paris, 1995, p. 231 ss.



con le regole comuni), il legislatore francese del 2011, nell'ottica di una generale opera di semplificazione, unifica nettamente il regime giuridico dei due istituti. Si tratta di una delle novità più evidenti della riforma, volta a riconoscere in modo espreso la comune origine pattizia delle due fonti dell'arbitrato.

La distinzione tra clausola compromissoria e compromesso è talmente nota da non necessitare di precisazione in questa sede. Quel che però può dirsi in tema di «unificazione» delle due forme di convenzione d'arbitrato è che essa mutua, nel suo linguaggio, la terminologia di alcune convenzioni internazionali quali la Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere e la Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale le quali, rispettivamente agli art. II, par. 1 e 2, e I, parlano propriamente di «convenzione» e poi includono nella stessa le due forme tipiche<sup>(21)</sup>. Inoltre, la riforma ricalca le normative straniere più avanzate in materia, quali la legge inglese e quella svizzera<sup>(22)</sup>. Infine, l'opera di unificazione realizzata dal legislatore francese riproduce le disposizioni di alcuni regolamenti di istituzioni arbitrali, in particolare quello dell'ICC<sup>(23)</sup>.

A parte la risistemazione della materia, con la riforma la definizione dei due istituti ha subito almeno una modifica di rilievo. Mentre infatti nulla cambia nella definizione del compromesso, che è rimasta pressoché identica, in quella relativa alla clausola compromissoria è stata inserita, rispetto al precedente art. 1442, una locuzione in più: «[...] ou plusieurs contrats»<sup>(24)</sup>.

La fattispecie di riferimento è, evidentemente, quella dei «groupes des contrats», cioè di insiemi di contratti «tra loro funzionalmente collegati, tra le stesse parti o con parti parzialmente diverse», che danno luogo ad ipotesi

---

(21) L'art. I, par. 2, della citata Convenzione di New York del 1958, ratificata dalla Francia il 26 giugno 1959, stabilisce che «[t]he term 'agreement in writing' shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams». Da parte sua, la ricordata Convenzione di Ginevra del 1961, ratificata dalla Francia il 16 dicembre 1996, parla di «arbitration agreement» come di «either an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, the contract or arbitration agreement being signed by the parties [...]».

(22) Cfr. l'art. 178 LDIP e l'art. 6, par. 1, dell'*Arbitration Act 1996* inglese.

(23) Nello specifico, l'art. 4, par. 1, lett. d, del Regolamento dell'ICC, nella versione adottata nel 1998, prevede che l'attore indichi, nella propria *request for arbitration*, «the relevant agreements and, in particular, the arbitration agreement». Simile formulazione si trova nell'art. 4, par. 1, lett. e, del Regolamento che entrerà in vigore il 1° gennaio 2012.

(24) E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 274, aggiungono che l'espressa previsione dell'ipotesi di pluralità di contratti sarebbe ridondante, essendo sufficiente quanto già previsto dall'art. 1443 NCPC, in base la quale la clausola compromissoria può risultare da uno scambio di scritti o da un documento cui si fa riferimento del contratto principale.

di c.d. «*multicontract arbitration*»<sup>(25)</sup>. Viene così ricompresa nella norma in commento una molteplicità di casi.

Di questi casi, il Rapporto ne indica due. Anzitutto, ogni «*ensemble contractuel unique*», ove l'unicità è data dal carattere della complementarietà che lega tra di loro i contratti considerati, come ha stabilito una sentenza della *Cour de Cassation* del 1991<sup>(26)</sup>. La seconda ipotesi è quella del contratto-quadro, che le parti intendono essere integrato da contratti successivi scaglionati nel tempo. Qui l'esecuzione, che avviene attraverso i contratti posteriori, comprende implicitamente anche l'esecuzione della clausola compromissoria<sup>(27)</sup>.

All'interno di quest'ultima fattispecie si può peraltro considerare il caso dell'«*accord de principe*» che è un contratto che ha un'unica clausola, la quale prevede la stipulazione di successivi contratti. Se tale contratto contempla una clausola compromissoria, è evidente che la clausola si estende anche ai contratti successivi.

Anche l'ultima riforma dell'arbitrato in Italia ha tentato di superare la tradizionale distinzione tra clausola compromissoria e compromesso, dettandone una disciplina comune al capo I del titolo del libro IV dedicato all'arbitrato. Accanto alle due figure, però, il diritto italiano ne ammette una ulteriore, cioè la convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale (art. 808-*bis* c.p.c.) che il legislatore francese della riforma ha invece deciso di non inserire<sup>(28)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> P. BERNARDINI, *L'arbitrato*, cit., p. 133.

<sup>(26)</sup> Nel caso di specie, dato da Cass., Ch. comm., 5 marzo 1991, *Pepratx c. Fichou*, in *Rev. arb.*, 1992, p. 66 ss., con nota di L. AYNÈS, si trattava di una garanzia fornita dal debitore in virtù di un accordo successivo a quello contenente la clausola compromissoria. Con la sentenza citata, la Cassazione ha stabilito che, essendo l'obbligazione posteriore accessoria rispetto alla precedente, valeva ancora la clausola compromissoria. V. inoltre, Trib. comm. Bobigny, 29 marzo 1990, *Société Sofremines c. Société Samin*, *ivi*, p. 67 ss., la quale ha rilevato che «ces contrats accessoires sont soumis aux règles établies par les conventions principales et [...] en conséquence, ils sont également soumis à la clause d'arbitrage sus évoquée». Nella sua nota, L. AYNÈS propone una soluzione pragmatica — dando così primato alla volontà delle parti — in grado di superare l'eventualità che la clausola compromissoria nel contratto originale non abbia altrimenti, in assenza dei contratti successivi, un oggetto: «[s]i le contrat dans lequel elle est insérée est insusceptible, en lui-même, de donner naissance à un litige parce qu'il doit être complet ou 'concrétisé' par d'autres accords, les litiges que les parties ont pris en considération sont ceux qui pourraient naître de l'ensemble des contrats à venir. Limitée à la seule convention qui la renferme, cette clause n'aurait pas d'objet».

<sup>(27)</sup> Su questa fattispecie v. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 25 giugno 1991, *Compagnie tunisienne de navigation Cotunav c. Société Comptoir commercial André*, in *Rev. arb.*, 1991, p. 452 ss., con nota di P. MAYER, secondo la quale l'accettazione da parte di un terzo di intervenire nella fase esecutiva di un contratto-quadro in materia di trasporti di derrate alimentari, estenderebbe anche a costui l'efficacia della clausola compromissoria contenuta nell'accordo principale. Nella sua nota, P. MAYER osserva molto incisivamente che «l'interprétation des clauses compromissaires n'a aucune raison d'être restrictive; il ne s'agissait d'ailleurs pas d'interpréter l'accord mais de déterminer qui était lié par lui».

<sup>(28)</sup> Per un esame di questa novità v. G. RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 716 ss. Nel senso che la convenzione di arbitrato avente ad oggetto controversie future di natura non contrattuale sarebbe una clausola compromissoria, cfr. M. BOVE in M.

## 2.2 La forma.

**Art. 1443. — *A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.***

La disposizione consacra il requisito della forma scritta *ad substantiam* della convenzione d'arbitrato. Tale formalismo trova giustificazione nell'importanza e nelle conseguenze della stipulazione di una convenzione di arbitrato, che sottrae la controversia alla cognizione dell'autorità giudiziaria statale.

Il nuovo testo è più severo del precedente (art. 1443 *NCPC*), in cui la forma scritta era condizione di validità della sola clausola compromissoria e non del compromesso.

Nel suo complesso, la norma esprime una pluralità di principi. Da un lato — e in opposizione alla proposta originaria del *CAF*, che chiedeva la previsione di un requisito di forma scritta unicamente *ad probationem*, dunque meno rigorosa di quella allora vigente <sup>(29)</sup> — vi è, come si è appena detto, la condizione della forma scritta *ad substantiam*. Dall'altro lato, onde stemperare un simile approccio formalistico, si ammette che la convenzione possa «risultare» non solo da un documento, come già indicato nel vecchio testo, ma anche da uno scambio di scritti.

Si concreta così nuovamente l'ipotesi della «*clause compromissorie par référence*», già oggetto di una copiosa giurisprudenza che ne aveva verificato la validità. La base giuridica che le corti francesi considerano decisiva a questo fine è data dal consenso delle parti: ove il giudice accerti che le parti hanno effettivamente concordato una simile clausola, pur ove la loro complessiva volontà risulti espressa in documenti diversi, la clausola potrà essere ritenuta valida <sup>(30)</sup>.

Il codice italiano fissa lo stesso principio generale della necessità della forma scritta a pena di nullità (art. 807 e, per rinvio, art. 808 c.p.c.) ma non disciplina l'ipotesi specifica delle clausole *per relationem*. Sul punto è

---

BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, p. 65; T. GALLETTO in M. RUBINO SAMMARTANO (diretto da), *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009, p. 138.

<sup>(29)</sup> Il *CFA*, con riguardo alla forma scritta della convenzione d'arbitrato prevista a pena di nullità, aveva in realtà proposto una formulazione della norma ancora più liberale: precisare, accanto alla necessità della forma scritta, che «le consentement à la convention d'arbitrage [pouvait], sauf disposition contraire, être prouvé par tous moyens», escludendo così la sanzione della nullità. Ma tale proposta non ha trovato consenso nei redattori del Decreto che, oltre ad averla ritenuta un'antinomia rispetto alla stessa proposta del *CAF*, che contemplava comunque la forma scritta della convenzione, non si sono dichiarati disposti a rinunciare alla forma scritta *ad substantiam*. Così E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 275.

<sup>(30)</sup> Cass., 1<sup>o</sup> civ., 8 novembre 1993, in *Journ. dr. int.*, 1994, p. 690, con nota di E. LOQUIN; Cass., 2<sup>o</sup> civ., 21 gennaio 1999, in *Rev. arb.*, 2003, p. 1341, con osservazioni di C. LEGROS.

intervenuta la giurisprudenza, che ne ha sancito comunque la validità purché sulla clausola vi sia la convergenza del consenso delle parti <sup>(31)</sup>.

### 2.3. *Le clauses blanches.*

**Art. 1444.** — *La convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. A défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454.*

Dopo la riforma, il testo normativo considera valide le c.d. «*clauses blanches*», cioè le clausole in cui le parti abbiano ommesso di indicare gli arbitri o le modalità della loro designazione. Infatti, in assenza di una tale indicazione il legislatore francese — al pari di quello italiano — ha previsto dei meccanismi suppletivi ai quali la norma in commento fa espresso rinvio <sup>(32)</sup>.

La questione delle *clauses blanches* non è di poco conto, ove si consideri che in base ai previgenti art. 1443, co. 2 e 1448, co. 2 (oggi completamente sostituiti), la clausola compromissoria e il compromesso dovevano necessariamente contenere, a pena di nullità, la designazione diretta degli arbitri ovvero la previsione delle «*modalités de leur désignation*». Per la clausola compromissoria si disponeva che la designazione potesse essere fatta dal presidente del *TGI*, ma solo se le parti l'avevano contemplato nella clausola stessa.

Nella disciplina previgente, le clausole compromissorie e i compromessi che pure designassero direttamente gli arbitri erano idonei a bloccare l'accesso all'arbitrato, qualora uno degli arbitri designati non accettasse l'incarico. Era infatti previsto, all'art. 1448, co. 3, che in questo caso il compromesso decadesse, rendendo così impossibile l'instaurazione del procedimento arbitrale.

La riforma del 2011 ha rimosso questa norma. Resta da capire, nel silenzio del legislatore, che cosa accada oggi nell'ipotesi di mancata accettazione dell'arbitro direttamente designato nella convenzione d'arbitrato. Al riguardo sono ravvisabili due soluzioni. Da un lato, si qualifica la

---

<sup>(31)</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA in F. CARPI (dir.), *Arbitrato*, II ed., Bologna, 2007, p. 77. Nel senso che «il requisito della forma scritta *ad substantiam* richiesto per la validità della clausola compromissoria non postula indefettibilmente che la volontà contrattuale sia espressa in un unico documento, avuto riguardo all'autonomia di detta clausola rispetto al contratto cui essa accede», v. Cass., sez. I civ., 24 luglio 2007, n. 16332, in *Mass. giur. it.*, 2007.

<sup>(32)</sup> Con grande sorpresa — attesa la sua importanza ai fini della praticabilità della via arbitrale — tale norma ha ricevuto le critiche di «eccessiva procedimentalizzazione dell'arbitrato» e di «regressione dell'*intuitu personae* nella nomina degli arbitri». Si vedano E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 276 i quali, riferendosi a tali critiche, giustamente rilevano «à notre avis, il n'est rien [parce-que] rien n'interdit, dans le régime du nouveau décret, aux parties d'arrêter elles-mêmes, dans la convention d'arbitrage, le nom du ou des arbitres ou les qualités spécifiques que ces arbitres doivent présenter».

nomina come atto *intuitu personae*, sicché la mancata accettazione ne provocherebbe, per l'appunto, la caducazione. Dall'altro lato, in alternativa si propone l'applicazione delle regole suppletive inserite dalla riforma, che danno all'istituzione arbitrale o al *juge d'appui* il potere di risolvere ogni ostacolo che si presenti nella fase della costituzione del tribunale arbitrale e dunque di nominare il sostituto arbitro.

Per i primi commentatori della riforma la prima sarebbe la strada più corretta, in quanto più rispettosa della volontà delle parti. Spesso [queste ultime], infatti, scelgono gli arbitri contando sulla loro esperienza e professionalità, qualità che sono da considerarsi essenziali<sup>(53)</sup>. In questa visione, i meccanismi suppletivi dovrebbero scattare solo nel caso in cui le parti abbiano omissso di indicare nella convenzione arbitrale la nomina degli arbitri o le modalità di designazione, e non anche in caso di mancata accettazione.

Questa tesi però non convince. Se il legislatore della riforma avesse voluto risolvere il problema nel senso indicato, l'avrebbe fatto espressamente, mentre — viceversa — la presenza di una disposizione residuale come l'art. 1454 (v. *infra* § 4.4), che conferisce all'istituzione arbitrale o al *juge d'appui* il potere, rispettivamente, di «*règler*» ovvero «*trancher*» ogni difficoltà nella costituzione del tribunale arbitrale, è un segnale sufficientemente forte del *favor arbitrati* che caratterizza l'intera disciplina. Ci sembra dunque che la seconda tesi sia più conforme alla volontà del legislatore e che, di conseguenza, se l'arbitro nominato dalle parti declina l'incarico sarà il *juge d'appui*, su ricorso della parte che voglia comunque l'arbitrato, a nominarne un altro.

#### 2.4. *I requisiti del compromesso.*

Senza alcuna modifica rispetto alla normativa precedente, l'art. 1445 prevede che «*[à] peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige*» e l'art. 1446 che le «*[l]es parties peuvent compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction*».

#### 2.5. *L'autonomia della convenzione d'arbitrato.*

**Art. 1447. — *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.***

***Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite.***

L'autonomia della convenzione d'arbitrato («*severability*») implica che ogni valutazione in merito all'inefficacia del contratto al quale la

---

<sup>(53)</sup> In questo senso E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 276.

convenzione si riferisce — si badi l'espressione, che non limita la portata del principio alle clausole compromissorie, ma si estende al compromesso — non potrà coinvolgere la convenzione stessa, ma dovrà svolgersi in modo autonomo <sup>(34)</sup>.

Senza autonomia, la parte che volesse sottrarsi al procedimento arbitrale potrebbe adire il giudice ordinario, contestando la validità del contratto nel quale la convenzione è contenuta. In questo modo, tale parte sarebbe in grado di sottrarre alla giurisdizione del tribunale arbitrale controversie aventi ad oggetto una materia che le parti hanno invece a suo tempo voluto sottoporre ad arbitrato <sup>(35)</sup>.

Si comprende così non solo la profonda connessione tra convenzione d'arbitrato e potere degli arbitri di decidere sulla propria competenza (v. *infra* § 5.4), ma anche la premessa logica che rende indispensabile, nell'ambito dell'arbitrato, la stessa autonomia della convenzione d'arbitrato: il rispetto della volontà delle parti di conferire agli arbitri cognizione piena <sup>(36)</sup>.

Nel sancire l'autonomia della convenzione d'arbitrato, la disposizione in epigrafe si discosta dalla disciplina previgente, che nulla prevedeva al riguardo, e si accosta invece alla giurisprudenza. Infatti, sin dalla decisione resa dalla Cassazione francese nel caso *Gosset* del 1963, quello dell'autonomia rappresenta un principio consolidato nella casistica d'Oltralpe per quanto riguarda sia l'arbitrato internazionale sia quello interno <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> Si vedano, *e plurimis*, Cass., 1<sup>o</sup> civ., 25 ottobre 2005, in *Rev. arb.*, 2006, p. 104 ss., con nota di J.-B. RACINE, secondo la quale — in un caso in cui una delle parti contestava l'esistenza del contratto sotto il profilo della sua data — «en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent».

<sup>(35)</sup> Spiega bene questo concetto P. MAYER, *La limite de la séparabilité de la clause compromissoire*, in *Rev. arb.*, 1998, p. 359 ss., p. 362, per il quale «[l]a clause compromissoire est séparable et doit être séparée dans la mesure précisément où elle contribue à définir le processus à l'issue duquel le sort du contrat sera réglé, autrement dit dans la mesure où elle est un accessoire des clauses substantielles du contrat». L'autonomia merita di essere rispettata ove (p. 363) «le refus de sonner effet à la clause, par solidarité avec le reste du contrat, soustrairait à l'arbitrage des questions que les parties ont voulu y soumettre». Cfr. a proposito, *inter alia*, l'art. 16, par. 1, della Legge Modello dell'UNCITRAL, che collega la competenza del tribunale arbitrale a conoscere della propria competenza (*compétence-compétence*) con l'autonomia della convenzione d'arbitrato. Detta norma dispone infatti che «an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract».

<sup>(36)</sup> Si veda al riguardo P. BERNARDINI, *L'arbitrato*, cit., p. 90, il quale osserva che «[a] favore di questo riconoscimento [dell'autonomia della clausola compromissoria] milita, anzitutto, una considerazione logica attinente alla interpretazione della volontà delle parti in materia: queste hanno certamente inteso conferire una sua individualità alla clausola, al fine di consentire all'arbitro pienezza di poteri quanto alla sua investitura».

<sup>(37)</sup> Così, «en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles [...] une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte». V. Cass. civ., 7 maggio 1963, *Gosset v. Carapelli*, in *Journ. dr. int.*, 1963, p. 82 ss., con nota di J.-D. BREDIN; in *Revue crit. dr. int.*

Ma la giurisprudenza non si è fermata qui. Vale anzi la pena di ricordare, sempre a conferma della piena autonomia della convenzione d'arbitrato, che quest'ultima — «*en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage*», come dice la Cassazione francese — va considerata a prescindere dalla legge applicabile al contratto, dovendo così essere trattata alla stregua di un vero e proprio «accordo senza legge»<sup>(38)</sup>. Principio, questo, confermato dal celebre caso *Dalico*, reso dalla *Cour de Cassation* nel 1993 e noto anche per altri *dicta*, ai sensi del quale nella valutazione della validità della convenzione d'arbitrato non è necessario riferirsi a una legge nazionale<sup>(39)</sup>.

Sotto un diverso profilo, va rammentato che l'art. 2061 del *code civil* dispone l'invalidità delle clausole compromissorie contenute in contratti non inerenti a un'attività commerciale<sup>(40)</sup>. Questa previsione è stata modificata nel 2001, perché prima di tale data era ancora più restrittiva, stabilendo che le clausole compromissorie fossero nulle a meno che la legge non le consentisse espressamente. Per effetto di questa disposizione, la portata della disciplina della convenzione d'arbitrato di cui al libro IV del *NCPC*, quindi, si limita ai contratti commerciali. La norma, però, non si applica all'arbitrato internazionale, anche se le parti sono soggetti di diritto francese: come per la definizione di arbitrato internazionale, ciò che rileva è il carattere transnazionale dell'attività economica considerata<sup>(41)</sup>.

Autonomia della convenzione d'arbitrato non significa, comunque,

---

*privé*, 1963, p. 615 ss., con nota di H. MOTULSKY. Il principio di autonomia in arbitrato interno è sancito, tra le altre, dalla sentenza della Cass., 2° civ., 4 aprile 2002, in *Dalloz*, 2003, p. 1117 ss.

<sup>(38)</sup> Trattasi, pure in questo caso, di un principio giurisprudenziale consolidato: cfr. Cass. civ., 4 luglio 1972, *Hecht c. Société Buisman*, in *Journ. dr. int.*, 1972, p. 843 ss., con nota di OPPETT. Per una riflessione sulla legge applicabile alla clausola compromissoria, nel senso — ci pare di aver inteso — che la regola aurea in materia dovrebbe essere diversa da quella che considera applicabile la legge di sede dell'arbitrato (*lex arbitri*), come ritiene certa giurisprudenza, perché più rispettosa della volontà delle parti, si pronuncia in modo articolato I. BANTEKAS, *The Proper Law of the Arbitration Clause: A Challenge to the Prevailing Orthodoxy*, in *27 Journ. Int. Arb.*, 2010, p. 1 ss., p. 4.

<sup>(39)</sup> Riassumendo, «*en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique*». Così Cass., 1° civ., 20 dicembre 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb c. Société Dalico*, in *Journ. dr. int.*, 1994, p. 432 ss., con nota di E. GAILLARD; in *Rev. arb.*, 1994, p. 116, con nota di H. GAUDEMET-TALLON. Per due conferme recenti v. Cass., 1° civ., 30 marzo 2004, *Uni-Kod c. Ouralkali*, in *Rev. arb.*, 2005, p. 959 ss., con nota di C. SERAGLINI, nonché Cass., 1° civ., 25 ottobre 2005, *ivi*, p. 1098.

<sup>(40)</sup> L'art. 2061 del *code civil* così recita: «[s]ous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle». Per un'analisi della norma pre-2001 v. C. JARROSSON, *La clause compromissoire (art. 2061 C. civ.)*, in *Rev. arb.*, 1992, p. 259 ss.

<sup>(41)</sup> Ad escludere le controversie commerciali internazionali dalla portata dell'art. 2061 *code civil* è Cass., 1° civ., 5 gennaio 1999, in *Revue crit. dr. int. privé*, 1999, p. 546 ss.

che la convenzione non possa essere contestata per profili diversi da quelli inerenti al contratto, dunque per patologie che la investono direttamente, quali la sua inesistenza, l'incapacità delle parti, l'assenza dell'oggetto, l'arbitrabilità della controversia e la forma. La legge francese sull'arbitrato si occupa solo di quest'ultimo requisito e dell'ipotesi di assenza dell'oggetto, che regola in modo espresso (v. *supra* § 2.2 e, quanto al compromesso, § 2.4), mentre gli altri requisiti vanno accertati attingendo a fonti diverse. Resta certo che questi requisiti devono comunque essere interpretati in modo restrittivo, proprio in virtù del *favor arbitrati* che caratterizza l'ordinamento francese <sup>(42)</sup>.

Infine, il co. 2 della norma in esame riproduce fedelmente il previgente art. 1446, ai sensi del quale la clausola compromissoria nulla equivale a quella non scritta.

## 2.6. *Effetto negativo della compétence-compétence.*

**Art. 1448. — *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.***

***La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.***

***Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.***

Il nuovo art. 1448 *NCPC*, sostituendosi al vecchio art. 1458 senza tuttavia mutarne la sostanza, conferma il concetto largamente riconosciuto della *compétence-compétence* (*Kompetenz-Kompetenz*), corollario processuale del sopraccitato principio dell'autonomia della convenzione d'arbitrato. In base a tale principio, e nella doppia accezione che ne è stata data tempo addietro da Emmanuel Gaillard, il tribunale arbitrale ha il potere di decidere sulla propria competenza e, per converso, le corti devono tendenzialmente astenersi dall'occuparsi di tale questione <sup>(43)</sup>.

Più esattamente, l'articolo consacra il c.d. «effetto negativo della *compétence-compétence*», che si può dire ne rappresenti l'accezione più forte, stabilendo che quando un giudice dello Stato è chiamato a pronun-

---

<sup>(42)</sup> Cfr. al riguardo J.-B. RACINE, *Note*, cit. *supra* nota 34, il quale osserva che «le régime de la convention d'arbitrage international est simple: une telle convention est en principe valable sauf si l'ordre public international commande, exceptionnellement, qu'elle soit nulle. C'est ainsi une politique de faveur envers l'arbitrage international qui est poursuivie par la jurisprudence française. La faveur est poussée à son extrême par l'édiction d'une validité de principe de la convention d'arbitrage mâtinée de causes exceptionnelles de nullité».

<sup>(43)</sup> E. GAILLARD, *Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Effets. Droit commun et droit conventionnel*, in *JCP*, 1994, fasc. 1062, n. 38, con concetti poi ripresi in *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Pudet*, Paris, 1999, p. 387 ss.



ciarsi su una domanda oggetto di convenzione d'arbitrato, questi ha il potere di decidere sulla validità della stessa, dunque sulla competenza degli arbitri, in modo molto limitato, procedendo unicamente a un esame della sua «manifesta» nullità o, in base al nuovo dettato, inapplicabilità sempre che il tribunale arbitrale non si sia ancora costituito (44).

In generale, la regola della manifesta invalidità o inoperatività risale a un'interpretazione data dalla giurisprudenza francese, nel contesto dell'arbitrato internazionale, alla Convenzione di New York del 1958. Mentre la fattispecie dell'arbitrato interno era disciplinata chiaramente dal previgente art. 1458, che parlava di «*convention d'arbitrage [...] manifestement nulle*», nell'arbitrato internazionale è stata la *Cour de Cassation*, da ultimo nel caso *ABS* del 2006, a sancire tale principio. La disciplina positiva di partenza è l'art. II, par. 3, della Convenzione di New York, il quale nella visione della giurisprudenza consente l'applicazione «*d'un droit interne plus favorable pour la reconnaissance de la validité de la convention d'arbitrage*» (45).

Da qui l'aggiunta, rispetto alla lettera della Convenzione, dell'avverbio «manifestamente», che restringe significativamente l'ambito di cognizione del giudice ordinario e rappresenta in ultima analisi l'autentica «tipicità» francese (46).

Sotto il profilo teleologico, la limitazione della cognizione del giudice all'inefficacia «manifesta» della convenzione d'arbitrato risponde alla necessità — in una logica di *priorità temporale* del procedimento arbitrale rispetto a quello ordinario — di riservare agli arbitri ogni valutazione in merito all'estensione della loro competenza, dunque alla validità della convenzione d'arbitrato, allo scopo da un lato di concentrare il contenzioso dinanzi agli arbitri e, dall'altro lato, di prevenire l'instaurazione di procedimenti pretestuosi o, come scrive accorta dottrina, «parassitari» (47).

Proprio qui risiede una delle potenzialità del diritto francese dell'arbitrato nel panorama mondiale: la capacità di impedire indebite interfe-

---

(44) Il riferimento alla manifesta «inapplicabilità» è di origine giurisprudenziale. Si veda Cass., 1<sup>re</sup> civ., 6 ottobre 2010, *SCEA Plante Moulet*, in *Bull. civ.*, I, p. 183.

(45) Cass., 1<sup>re</sup> civ., 7 giugno 2006, *Copropriété maritime Jules Verne et autre c. American Bureau of Shipping (ABS) et autre*, in *Rev. arb.*, 2006, p. 945 ss., p. 946, con nota di E. GAILLARD; la sentenza è altresì apparsa su *Journ. dr. int.*, 2006, p. 1384 ss., con nota di A. MOURRE. Il principio è affermato con decisione da App. Paris, 2 aprile 2003, *Pourdieu c. Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith SAF*, in *Rev. arb.*, 2005, p. 115 ss., con nota di X. BOUCOZBA, secondo la quale «l'appréciation des limites et de la validité de l'investiture des arbitres relève au premier chef de la compétence de ceux-ci [et...] une juridiction étatique ne saurait en conséquence se substituer aux arbitres pour déterminer, avant même que le tribunal choisi par les parties ait pu émettre un point de vue sur cette question, si les clauses en cause présentent, ou non, un caractère abusif». Sul tema v. O. CACHARD, *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire*, in *Rev. arb.*, 2006, p. 893 ss.

(46) Su questa evidenza v. J.-F. POUURET, *L'originalité du droit français de l'arbitrage*, in *Revue int. dr. comparé*, 2004, p. 133 ss.

(47) Così E. GAILLARD, *Note*, cit. *supra* nota prec., p. 947.

renze delle corti statali nel procedimento arbitrale, consentendo in tal modo che quest'ultimo si svolga in piena efficienza e rapidità, com'è effettivamente nell'auspicio delle parti quando decidono di sottoporre ad arbitrato le loro controversie presenti o future <sup>(48)</sup>.

Si consideri che l'effetto negativo della *compétence-compétence* ha iniziato da qualche tempo a farsi strada nella giurisprudenza di diversi paesi, tanto che si può individuare un interessante sviluppo della materia nel senso del riconoscimento di un equivalente principio generale del diritto dell'arbitrato internazionale. Così, mentre già da qualche anno il Tribunale federale svizzero si è pronunciato sul tema, nel 2005 anche la Corte Suprema indiana, superando il rigore del testo normativo, ha adottato la versione francese dell'effetto negativo della *compétence-compétence*, nel suo standard della cognizione limitata a una valutazione *prima facie* <sup>(49)</sup>.

Nello specifico della norma in commento, le due condizioni (la priorità rispetto alla costituzione del tribunale arbitrale e la non manifesta nullità o inapplicabilità della convenzione arbitrale) sono *cumulative* affinché il giudice dello Stato si pronunci. Con la conseguenza che, una volta che il tribunale arbitrale si è costituito, le giurisdizioni francesi dovranno *automaticamente* dichiararsi incompetenti senza nemmeno procedere alla verifica della validità *prima facie* della convenzione arbitrale che, in tal caso, sarà rimessa alla valutazione esclusiva del tribunale arbitrale <sup>(50)</sup>. Al fine di assicurare piena efficacia a tale principio, il legislatore della riforma ha altresì precisato che ogni stipulazione contraria sia da intendersi come non scritta.

L'effetto positivo della *compétence-compétence* è invece affermato nell'art. 1465 *NCPC* (v. *infra* § 5.4).

Così il legislatore della riforma ha deciso di disciplinare distintamente le due ipotesi, dell'avvenuta o della mancata introduzione del procedimento arbitrale (ovvero dell'effetto positivo e negativo), per una maggiore chiarezza del principio della *compétence-compétence*, delle sue diverse sfumature e conseguenze.

---

<sup>(48)</sup> Per una discussione recente v. J. PAUSSON, *Arbitration-Friendliness: Promises of Principle and Realities of Practice*, in 25 *Arb. Int.*, 2007, p. 477 ss., p. 479, il quale rileva che «[t]he vital factors which drive a party's choice of venue are not really numerous. In today's global market for arbitration there are, in fact, only two: (a) Will the national courts hinder a party from obtaining an award within a useful time period at a reasonable cost? (b) Will there be wasteful post-award litigation before the national courts?».

<sup>(49)</sup> Cfr. Trib. fed. svizzero, 14 maggio 2001, *Fomento*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 842 ss., ma soprattutto la decisione della Corte suprema dell'India, 12 agosto 2005, *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd. v. Aksh Optifibre Ltd. et al.*, (2005) 7 SCC 234, spec. § 74 e 103 ss., analizzata diffusamente da P. NAIR, *Surveying a Decade of the 'New' Law on Arbitration in India*, in 25 *Arb. Int.*, 2007, p. 699 ss., p. 709 ss. Sul tema, per una riflessione interessante, v. anche F. BACHAND, *Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?*, in 22 *Arb. Int.*, 2006, p. 463 ss.

<sup>(50)</sup> Così E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 278.

A questo riguardo è importante notare come, sebbene il principio della *compétence-compétence* sia oggi riconosciuto da gran parte degli ordinamenti nazionali, la Francia sia l'unico paese ad ammetterne chiaramente l'effetto negativo mediante la sua espressa codificazione, limitando il potere di cognizione del giudice ordinario ad un'analisi *prima facie* della convenzione d'arbitrato<sup>(51)</sup>. E ciò a ulteriore dimostrazione del *favor arbitrati* vigente in Francia.

Con riferimento all'ordinamento italiano, l'effetto positivo degli arbitri a giudicare sulla propria competenza è sancito dall'art. 817 c.p.c. Per quanto riguarda invece l'eccezione d'arbitrato contenuta nell'art. 819-ter, co. 1, c.p.c., essa è stata prevalentemente interpretata nel senso che il giudice debba accertare la competenza in modo pieno<sup>(52)</sup>.

## 2.7. Convenzione d'arbitrato e misure istruttorie e cautelari ante causam.

**Art. 1449. — *L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire.***

***Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage.***

La norma in commento consacra la riserva a favore dell'autorità giudiziaria della concessione di misure istruttorie o cautelari fin tanto che

---

<sup>(51)</sup> Viceversa l'effetto positivo della *compétence-compétence* è espressamente riconosciuto in Svizzera dall'art. 186 LDIP («Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. L'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond. En général, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente») e nel Regno Unito dall'art. 30 dell'*Arbitration Act 1996*.

<sup>(52)</sup> Si ritiene necessaria, su questo punto, una precisazione, che riguarda l'ordinamento italiano e non quello francese. Di recente si è sostenuto che, per effetto della riforma del 2009 (L. 18 giugno 2009, n. 69), le decisioni dei giudici sulle questioni di competenza debbano fondarsi su una cognizione sommaria, analogamente a quanto risulta, con riguardo all'arbitrato estero, dalla sentenza delle S.U. della Cass. italiana, 12 gennaio 2007, n. 412, in *Mass. giur. it.*, 2007, ai sensi della quale il giudice procede alla verifica sulla validità, operatività ed applicabilità della convenzione arbitrale in virtù della Convenzione di New York del 1958 «in via di delibazione sommaria». Per contro, il co. 3 dell'art. 819-ter c.p.c., vietando la proposizione di domande giudiziali aventi direttamente ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione d'arbitrato «in pendenza di procedimento arbitrale», implicitamente sembrerebbe ammettere l'ammissibilità di dette domande prima dell'instaurazione del procedimento, onde ottenere un giudizio a cognizione piena.

il tribunale non si è costituito<sup>(53)</sup>. Quando il tribunale arbitrale è stato costituito, all'opposto, il potere di concedere misure istruttorie o cautelari spetta agli arbitri, come stabilito dall'art. 1468 *NCPC* introdotto *ex novo* dalla riforma del 2011. La costituzione del tribunale arbitrale sancisce il momento a partire dal quale non è più possibile rivolgersi ai giudici dello Stato per la richiesta di misure istruttorie e cautelari<sup>(54)</sup>.

Per determinare tale momento si deve fare riferimento all'art. 1456, che lo individua nell'istante in cui gli arbitri accettano la «*mission arbitrale*» (v. *infra* § 4.5).

Un problema interpretativo, che spetterà alle corti francesi chiarire, riguarda il rapporto tra l'art. 1461 e la disposizione in commento. L'art. 1461, infatti, sanziona con l'inefficacia assoluta («*reputée non écrite*») ogni patto contrario alle disposizioni del capo II, cioè all'insieme di regole a presidio della costituzione e del funzionamento del tribunale arbitrale. Poiché il capo II non include la norma in esame, che invece è posta a chiusura del capo I, ci si domanda se sia efficace o meno la clausola, eventualmente inserita nel contratto tra le parti accanto alla convenzione d'arbitrato, in virtù della quale è precluso alle parti stesse il ricorso alle misure istruttorie o cautelari *ante causam*<sup>(55)</sup>.

## SEZIONE II IL TRIBUNALE ARBITRALE

### 3. *La figura del juge d'appui.*

In relazione al riscritto capo II del libro IV, dedicato al tribunale arbitrale, ciò che subito balza all'attenzione è la nozione del «*juge d'appui*». Tale figura, infatti, ispirata alla pratica del diritto svizzero dell'arbitrato e poi accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza francesi, è stata inserita nel testo del Decreto su insistente iniziativa del *CFA*<sup>(56)</sup>.

---

<sup>(53)</sup> Per una pronuncia recente sul tema v. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 6 dicembre 2005, *Société Schwind c. Société Léon Grosse*, in *Rev. arb.*, 2006, p. 126, con nota critica di C. JARROSSON.

<sup>(54)</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 25 aprile 2006, in *Rev. arb.*, 2007, p. 79, con nota di J. EL-AHDAB, secondo la quale, esclusa l'applicazione del principio tipico del processo civile ordinario, che segna nella notifica dell'atto introduttivo il momento d'instaurazione del procedimento, «l'instance arbitrale n'est en cours qu'à partir du moment où le tribunal arbitral n'est définitivement constitué et peut donc être saisi du litige, c'est-à-dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission».

<sup>(55)</sup> Per E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 279, la soluzione dipenderà dal caso concreto. Così, se la situazione presenta i caratteri dell'urgenza, con il prospettarsi di un pericolo imminente, negare l'accesso alla giurisdizione ordinaria significherebbe un diniego di giustizia. Diversa è l'ipotesi in cui le parti non abbiano sollecitato prontamente dette misure, o l'ipotesi in cui le parti si sono affidate ad un istituzione arbitrale che prevede dei meccanismi che permettono di ottenere tali misure provvisorie.

<sup>(56)</sup> Per la giurisprudenza in materia di *juge d'appui* v. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 6 dicembre 2005, *Schwind*, cit. *supra* nota 53. Questo caso concerneva la responsabilità degli arbitri per non

Il *juge d'appui* è un giudice statale (*juge étatique*) chiamato a risolvere le difficoltà procedurali in cui dovesse imbattersi il tribunale arbitrale. Già i decreti del 1980-81 avevano definito detto giudice un ausiliario dell'arbitro, destinato a garantire piena efficacia alla procedura arbitrale nel caso in cui questa avesse presentato delle situazioni d'*impasse* tali da impedirne l'inizio o il proseguimento<sup>(57)</sup>. Il suo compito era prendere i provvedimenti a supporto del tribunale arbitrale, attraverso un procedimento modellato sulla scorta del giudizio *de référé*, intervenendo sia nella fase di costituzione del tribunale arbitrale sia nel corso dell'arbitrato stesso<sup>(58)</sup>.

Il legislatore del 2011 ha confermato tale figura conferendole una chiara identificazione legislativa. Si afferma così la profonda «*originalité du droit français de l'arbitrage, caractérisée par l'efficacité de sa procédure, efficacité qui réside dans une coopération sans faille entre le tribunal arbitral et le juge étatique*»<sup>(59)</sup>. Rispetto alla proposta originaria del CFA, peraltro, può segnalarsi il rifiuto, da parte del legislatore della riforma, di estendere eccessivamente i poteri del *juge d'appui*, che il CFA auspicava comprendere anche l'ordine di esibizione di prove a carico di un terzo e la comparizione di testimoni (v. *infra* § 5.6)<sup>(60)</sup>. In questo modo, sono fatte salve sia la volontà delle parti di ricorrere all'arbitrato, sia il potere dell'autorità giudiziaria, che nel delicato rapporto tra le due istituzioni continua a rivestire, in questo ambito, carattere d'eccezione.

La figura del *juge d'appui* ha suscitato alcune perplessità nel mondo dell'avvocatura, che ha teso a sottolineare come tale giudice non costituisca in realtà un nuovo ordine giurisdizionale<sup>(61)</sup>. Si tratta di preoccupazioni di ordine politico, che oscillano tra due estremi: da un lato il timore che col passare del tempo il *juge d'appui* diventasse una giurisdizione autonoma, con proprie regole interne svincolate dall'ordine giudiziario esistente; dall'altro l'auspicio, fatto proprio dagli operatori del mondo dell'arbitrato, che il procedimento arbitrale fosse assistito da una figura permanente e

---

aver chiesto al *juge d'appui* una proroga per il deposito del lodo. V. inoltre Cass., 1<sup>re</sup> civ., 22 settembre 2010, *CFCMNE c/Banque Delubac et Cie*, in *Dalloz*, 2010, p. 2235, con osservazioni di X. DELPECH. Per un primo commento sulla nuova figura del *juge d'appui* si veda, in dottrina, T. CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, in *Cah. arb.*, 2011, p. 331 ss.; sulla disciplina previgente, invece, P. FOUCHARD, *La coopération du Président du Tribunal de grande instance à l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1985, p. 5 ss.

<sup>(57)</sup> Per una visione d'insieme v. J.L. DEVOLVÉ, *L'intervention du juge dans le décret du 14 mai 1990 relatif à l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1980, p. 616 ss.

<sup>(58)</sup> In tema v. G. CORNU, *Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage, présentation de la réforme*, in *Rev. arb.*, 1980, p. 583 ss., p. 594 ss.

<sup>(59)</sup> Così E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 280.

<sup>(60)</sup> In Italia, invece, gli auspici del CFA hanno trovato inconsapevole accoglimento da parte del legislatore del 2006. Infatti, l'art. 816-ter c.p.c. dispone che gli arbitri possono assumere deposizioni testimoniali, e nel caso in cui il testimone si rifiuti «possono richiedere al presidente del tribunale della sede dell'arbitrato, che ne ordini la comparizione davanti a loro».

<sup>(61)</sup> Così C. JARROSSON, J. PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage*, cit., p. 22, per i quali appunto «[l]e décret de 2011 n'a pas créé une nouvelle juridiction».

specializzata, dunque da un «esperto del settore» che, al momento opportuno, sapesse intervenire con dimestichezza. In realtà il dibattito dottrinale ha sfatato il predetto timore, evidenziando che il giudice statale in funzione di *juge d'appui* altri non è — come nel sistema previgente — che il presidente del *TGI* o, se le parti lo hanno espressamente previsto, il presidente del *Tribunal de commerce* (art. 1459 *NCPC*)<sup>(62)</sup>.

È chiaro che il rapporto tra tribunale arbitrale e giudice statale resta molto delicato, sia perché, in generale, una scelta legislativa a favore dell'uno piuttosto che dell'altro consente di affermare — o, all'opposto, di negare — il carattere *arbitration-friendly* dell'ordinamento francese, sia perché, più nello specifico, un eccessivo allargamento dei poteri del giudice statale implicherebbe viceversa una restrizione dei poteri degli arbitri, con conseguente frustrazione della volontà delle parti di rivolgersi all'arbitrato.

Tuttavia oggi, come in passato, il *juge d'appui* interviene solo a fronte di ipotesi espressamente contemplate dalla legge, dunque nei casi di difficoltà nella costituzione del tribunale arbitrale (art. 1451-1454), di ricusazione, impedimento o astensione dell'arbitro (art. 1456) e di proroga del termine di deposito del lodo (art. 1463). Quindi i suoi poteri di intervento sono i medesimi del vecchio *juge étatique*.

Nell'ambito dell'arbitrato internazionale il «nuovo» *juge d'appui* sembrerebbe invece avere poteri più ampi, rispetto al passato. Solo limitatamente a questo aspetto, pertanto, è possibile affermare che l'innovazione portata dalla riforma del 2011 non è soltanto terminologica ma anche sostanziale (v. *infra* 2<sup>a</sup> parte)<sup>(63)</sup>.

#### 4. Il tribunale arbitrale.

##### 4.1. La costituzione: aspetti generali.

A rigore, la costituzione del tribunale arbitrale dovrebbe avvenire

---

<sup>(62)</sup> È stato correttamente osservato come forse sarebbe stato ancor più efficace, viste le materie su cui si trova a decidere il giudice statale d'ausilio alla procedura arbitrale, attribuire tale funzione a un giudice tecnico e cioè ad un esperto della materia arbitrale, creando un giudice *speciale* sul modello ad esempio di quello previsto in materia di brevetti d'invenzione e di proprietà letteraria e artistica (art. 211-10 ss. del *code de l'organisation judiciaire*). Per questa stessa ragione, i redattori del decreto hanno privato il presidente del tribunale del commercio, il cui ruolo rimane comunque eccezionale rispetto a quello del presidente del *TGI*, del potere di concedere proroghe mentre può ancora intervenire nella fase di costituzione del tribunale arbitrale. Va anche escluso, per via interpretativa, il suo potere di decidere sulla ricusazione dell'arbitro, non essendo espressamente richiamata l'ipotesi di ricusazione, e cioè l'art. 1456, tra le materie che il presidente del tribunale del commercio può conoscere in via generale (sono richiamate solo le norme che disciplinano la costituzione del collegio arbitrale, e cioè gli articoli da 1451 a 1454). Così il presidente del tribunale del commercio potrà essere adito solo dopo che il presidente del *TGI* ha constatato che l'arbitro nominato non è indipendente e, alla stregua di questa decisione, le parti non si accordano per nominarne uno nuovo. Così E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., pp. 281-282.

<sup>(63)</sup> Soprattutto con riguardo al ruolo del *juge d'appui* a tutela della parte che sostenga di correre un rischio di subire un diniego di giustizia. Sul punto v. per ora T. CLAY, *L'appui du juge*, cit., p. 336.

secondo le modalità definite dalle parti nella convenzione d'arbitrato. Tuttavia, qualora queste manchino, interviene la legge (artt. 1450-1455 *NCPC*).

Essa prevede anzitutto l'intervento suppletivo del *juge d'appui*. In caso però di arbitrato amministrato, prima ancora del giudice statale, fa il suo ingresso nel sistema l'istituzione arbitrale incaricata (cfr. ad es. art. 1453 e 1454).

In questo contesto, il Decreto ha rafforzato la posizione dell'istituzione arbitrale, concedendole ampi ed ulteriori poteri sia nella fase di costituzione del tribunale arbitrale sia nel corso dell'arbitrato. Si constata così un sistema a tre livelli o di fonti. Inizialmente, ad agire sono le parti attraverso il loro accordo o la stessa convenzione d'arbitrato. In mancanza, entrano in scena le istituzioni arbitrali. Ove queste non siano richiamate, infine, soccorre il *juge d'appui*.

Questo meccanismo intinge l'intero capo sulla costituzione del tribunale arbitrale.

#### 4.2. *Il completamento del collegio.*

**Art. 1451. — *Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair.***

***Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair.***

***Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459.***

La norma sostituisce i previgenti art. 1453 e 1454, ai sensi dei quali, nel caso in cui le parti avessero indicato un numero pari di arbitri, alla nomina dell'arbitro supplementare si sarebbe provveduto «*conformément aux prévisions des parties*» ovvero, assenti queste ultime, avrebbero deciso gli arbitri stessi ovvero, in caso di disaccordo tra gli arbitri, il presidente del *TGI*.

La nuova previsione conferisce il potere di completare il collegio, a cascata, alle parti, agli arbitri già nominati e, infine, al *juge d'appui*. La novità più rilevante è costituita dall'aggiunta di un termine di un mese a decorrere dall'accettazione degli arbitri già incaricati, termine che ha lo scopo di accelerare la fase di costituzione del tribunale arbitrale, quindi l'inizio dell'arbitrato.

Il giudice procede al completamento del collegio solo se non viene accettata, ed accertata, la manifesta nullità o inapplicabilità della convenzione d'arbitrato, come statuisce l'art. 1455 (v. *infra* § 4.4).

#### 4.3. *L'arbitrato con pluralità di parti.*

**Art. 1453. — *Lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres.***

Quello dell'arbitrato con più di due parti è un problema molto sentito dalla prassi, che ha cominciato ad occuparsene principalmente in assenza di una norma che lo disciplinasse appositamente. Come le altre leggi nazionali dell'epoca, i decreti del 1980-1981 non affrontavano il tema, che veniva quindi lasciato interamente nelle mani degli operatori dell'arbitrato.

Il *leading case* francese in materia è dato dalla decisione del 7 gennaio 1992, resa dalla *Cour de Cassation* nel caso *Dutco* <sup>(64)</sup>. Nella fattispecie, i due convenuti contestavano la regolare costituzione del tribunale arbitrale, in seno al quale essi, al contrario dell'attore, avevano dovuto scegliere un arbitro comune. La *Cassation* ha ritenuto che tale soluzione violasse il principio di parità delle parti nella designazione del tribunale arbitrale, considerato un principio di ordine pubblico, ed ha annullato così la pronuncia d'appello che invece aveva confermato il lodo <sup>(65)</sup>.

La citata pronuncia ha condotto l'ICC — che peraltro aveva amministrato il lodo relativo al caso *Dutco* — ad inserire nel proprio Regolamento del 1998 una norma *ad hoc* (art. 10), per cui la regola di *default* concentra attori e convenuti in due «parti congiunte», che nominano rispettivamente un arbitro ciascuna. In assenza di nomina congiunta, e fatto salvo un diverso accordo tra le parti, provvede la Corte internazionale d'arbitrato dell'ICC.

Il legislatore della riforma si è preoccupato di colmare la lacuna presente nell'ordinamento con una formula semplice che prevede, a cascata, i soggetti sui quali incombe l'onere di contribuire alla costituzione del tribunale arbitrale. La regola di *default*, ancora una volta, è data dalla volontà delle parti, che possono accordarsi sulle modalità di costituzione del tribunale arbitrale. Esse possono provvedervi anche una volta che la controversia è insorta. Viene così fatta salva la garanzia, a favore di ciascuna delle parti, di una scelta consapevole e ragionata di un arbitro che risulti adeguato alla missione conferitagli, aspetto, questo, importante e delicato per la stessa tenuta dell'istituto arbitrale.

---

<sup>(64)</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 7 gennaio 1992, *Siemens BMKI v. Dutco*, in *Rev. arb.*, 1992, p. 470 ss., con nota di P. BELLET.

<sup>(65)</sup> La sentenza annullata è di App. Paris, 5 maggio 1989, in *Rev. arb.*, 1989, p. 723 ss., con nota di P. BELLET. Per un commento articolato al caso *Dutco*, oltre a quello di P. BELLET cit. alla nota precedente, spec. p. 476 e 478, ove si mettono in evidenza i numerosi profili di criticità del caso (la rilevanza della volontà delle parti, l'indipendenza del tribunale arbitrale e il suo equilibrio interno ecc.), v. J.-L. DEVOLVÉ, *Multipartism: The Dutco Decision of the Cour de Cassation*, in *9 Arb. Int.*, 1993, p. 197 ss.



Se le parti non si accordano, provvede la persona incaricata di organizzare l'arbitrato (dunque l'istituzione arbitrale) o, in assenza, il *juge d'appui*. In questi due casi, interviene nel processo di formazione del tribunale arbitrale la volontà di un soggetto estraneo alle parti, che si giustifica sulla base dell'esigenza di superare l'*impasse* data dal mancato accordo sulla designazione degli arbitri.

La norma non menziona il principio di parità delle parti nella designazione del tribunale arbitrale che, come si è visto, è principio di ordine pubblico, dunque inderogabile. Va ricordato, comunque, che la *Cassation* ammette che tale principio sia rinunciabile solo a lite insorta, e che quindi le parti possano, attivando la convenzione d'arbitrato, mettersi d'accordo per congiungere i loro interessi nella nomina di un unico arbitro <sup>(66)</sup>.

#### 4.4. *Le difficoltà nella costituzione del tribunale arbitrale.*

**Art. 1454.** — *Tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranché par le juge d'appui.*

**Art. 1455.** — *Si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation.*

L'art. 1454 è una norma di carattere residuale, nota in dottrina come «*article-balai*». Il suo obiettivo è regolare tutte le situazioni d'ostacolo alla costituzione del collegio arbitrale non espressamente contemplate negli articoli precedenti, prevedendo — analogamente a quanto avviene nell'ipotesi di *multiparty arbitration* — l'intervento dell'istituzione arbitrale o, *de residuo*, del *juge d'appui*.

Si pensi all'ipotesi in cui la nomina sia demandata ad un terzo e questi non vi provveda, ovvero in cui le parti non trovino d'accordo sul numero degli arbitri <sup>(67)</sup>.

Come si noterà il legislatore, nel prevedere il ruolo primario dell'istituzione arbitrale e quello meramente sussidiario del giudice statale, non ha mancato di ricorrere a un'astuzia terminologica, finalizzata ad evitare di attribuire all'istituzione arbitrale un potere giurisdizionale forte ma garantendo allo stesso tempo l'accesso all'autorità giudiziaria: mentre l'istitu-

---

<sup>(66)</sup> Cass., 7 gennaio 1992, *Dutco*, cit., p. 471, secondo la quale «le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public; [...] on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige».

<sup>(67)</sup> Si noti al riguardo che infatti il legislatore francese non ha fatto una scelta, come quello italiano, a favore di un tribunale monocratico piuttosto che di un collegio di tre arbitri, lasciando questa valutazione al caso concreto. Dispone infatti l'art. 809 c.p.c. che «se manca l'indicazione del numero degli arbitri e le parti non si accordano al riguardo, gli arbitri sono tre».

zione arbitrale ha l'incarico di «*régler*» la situazione di difficoltà procedurale, il giudice statale può «*trancher*» tale situazione. Al tempo stesso, però, il legislatore ha disciplinato l'arbitrato amministrato chiarendo (ed ampliando) il ruolo ed i compiti dell'istituzione arbitrale, e non semplicemente per tramite di un articolo rubricato «rinvio a regolamenti arbitrari», come invece avviene in Italia (art. 832 c.p.c.).

L'art. 1455 riprende la formulazione del vecchio art. 1444 disponendo che, nel caso in cui la nomina arbitrale sia demandata al *juge d'appui*, come nei casi sopra esaminati, questo, prima di procedere, debba verificare la non manifesta «nullità» o — in base al nuovo dettato — «inapplicabilità» della convenzione arbitrale, mediante una valutazione sommaria della stessa.

#### 4.5. *Momento di costituzione del tribunale arbitrale e révélation.*

**Art. 1456. — *Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige.***

***Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission.***

***En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux.***

La norma in commento ha due finalità. Anzitutto essa determina il momento formale di inizio del procedimento arbitrale, che coincide con l'accettazione dell'incarico da parte del tribunale arbitrale. Da quel momento, iniziano a decorrere i sei mesi per l'emissione del lodo.

Inoltre, la disposizione sancisce la nota «*obligation de révélation*», affermando così indirettamente il requisito indispensabile per lo svolgimento dell'incarico arbitrale: l'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro. Come ha affermato in più occasioni la giurisprudenza, «*l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre son de l'essence de sa fonction [arbitrale]*»<sup>(68)</sup>.

Questo sistema rappresenta una significativa novità rispetto al regime previgente. In precedenza, infatti, si faceva riferimento a un dovere, in capo all'arbitro, di rivelare non ben precisate «*cause[s] de récusation*», senza peraltro alcun richiamo alle cause di ricsuzione contemplate dalla legge con riguardo al giudice statale, elencate nell'art. 341 NCPC.

---

<sup>(68)</sup> Cfr. per tutti App. Paris, 28 novembre 2002, in *Rev. arb.*, 2003, p. 445 ss.

La questione del contenuto dell'*obligation*, peraltro, non è di poco conto, ove si consideri che una dichiarazione incompleta o fallace costituisce una giustificazione per mettere in discussione l'indipendenza e l'imparzialità del tribunale e, da ultimo, per l'impugnazione del lodo arbitrale (v. *infra* § 2<sup>a</sup> parte) <sup>(69)</sup>.

Al riguardo, la giurisprudenza francese è passata da posizioni di estremo rigore, richiedendo che ogni causa di riconsuazione fosse ancorata ad un testo legislativo in ossequio al principio «*pas de cause de récusation sans texte*», a tesi più elastiche che, invece, mettono in rilievo l'importanza dei due requisiti — indipendenza ed imparzialità — sottesi alla disciplina della *révélation*, con la conseguenza che l'individuazione delle cause di riconsuazione deve avvenire caso per caso avendo a mente detti principi <sup>(70)</sup>.

Il legislatore della riforma ha così inteso rispondere agli interrogativi posti dalla prassi e, soprattutto, dalla dottrina. La risposta è stata dunque nel senso che l'arbitro designando dovrà dichiarare «ogni fatto idoneo a pregiudicare la sua indipendenza ed imparzialità», sia al momento dell'accettazione sia successivamente.

In questo modo, la riforma incorpora nel testo di legge una pronuncia della *Cour d'Appel* di Parigi del 2003, la quale ha ricondotto l'obbligo di *révélation* a qualsivoglia circostanza in grado di insinuare nelle parti «*un doute raisonnable*» nella capacità di giudizio dell'arbitro — dubbio che, in conseguenza di tale circostanza, l'arbitro possa non essere più indipendente ed imparziale <sup>(71)</sup>. Questo principio non è che la traduzione dell'art.

---

<sup>(69)</sup> Sul tema v. M. HENRY, *Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente: de la rigueur à l'excès*, in *Petites affiches*, 2011, p. 17 ss.; T. CLAY, *La disparition de l'obligation d'indépendance au profit de l'obligation de révélation*, in *Rev. arb.*, 2009, p. 190 ss.; N. BOUCHE, *L'indépendance de l'arbitre et les moyens de la garantir*, in *Cah. arb.*, 2002, p. 123 ss., spec. p. 124 s. Per un caso recente v. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 20 ottobre 2010, in *Rec. Dalloz*, 2010, p. 2933. La prassi ha messo in evidenza svariati casi di violazione dei doveri di indipendenza ed imparzialità, specialmente ove l'arbitro sia o sia stato consulente o avvocato di una delle parti. In tal caso si configura un conflitto d'interessi che dà luogo a una legittima causa di contestazione della qualifica di arbitro. Ad esempio, configura una causa di riconsuazione il fatto che il presidente del collegio arbitrale e uno degli avvocati di una parte, oltre ad essere stati colleghi nello stesso studio legale, siano «amici» su Facebook: App. Paris, 11 marzo 2011, *Tesco c. Neoelectra*, inedita.

<sup>(70)</sup> Si confrontino in questo senso Cass., 2<sup>e</sup> civ., 14 novembre 1990, *Société Graine d'élite Clause c. Gérin*, in *Rev. arb.*, 1991, p. 75 ss., con nota critica di C. JARROSSON, con Cass., 2<sup>e</sup> civ., 6 dicembre 2001, *Fremarc c. ITM Enterprises*, in *Rev. arb.*, 2003, p. 1231 ss., con nota di E. GAILLARD.

<sup>(71)</sup> App. Paris, 2 aprile 2003, *SA J&P Avax S.A. c. Société Tecnimont S.p.A.*, in *Rev. arb.*, 2003, p. 1231 ss., nota di E. GAILLARD, secondo la quale «l'arbitre doit révéler aux parties toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur les qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont de l'essence même de la fonction arbitrale». La decisione è stata poi annullata con rinvio da Cass., 1<sup>re</sup> civ., 4 novembre 2010, in *Cah. arb.*, 2010, p. 1147 ss., con nota di T. CLAY, *L'obligation de révélation de l'arbitre au prisme de l'indiscipline de la Cour d'Appel de Paris*, ma l'affermazione della *Cour d'appel* è rimasta un punto fermo nel dibattito.

7, par. 2, del Regolamento dell'ICC, che ha dunque ispirato indirettamente la riforma (72).

La nuova formulazione è dunque più scrupolosa della precedente, dal momento che non demanda agli arbitri la possibilità di valutare autonomamente cosa dichiarare e cosa non dichiarare, e non lascia loro il potere di determinare quali fatti e circostanze possano effettivamente inficiare la loro indipendenza ed imparzialità in modo da integrare vere e proprie *causes de récusation* (73). Gli arbitri dovranno risolvere in senso positivo *ogni dubbio* in merito alle concrete circostanze da riferire alle parti: essi dovranno dichiarare tutto.

A fronte di questo maggior rigore, il legislatore della riforma ha diminuito il conseguente potere delle parti nella successiva fase di conferma. Se in base al regime precedente l'arbitro, rivelate le cause di ricusazione, non poteva accettare l'incarico se non con il consenso di tutte le parti, il tenore letterale del nuovo art. 1456 impone l'intervento dell'istituzione arbitrale o, residualmente, del *juge d'appui*. Dunque l'arbitro potrà accettare l'incarico anche contro la volontà di una delle parti, la quale, scontenta della nomina, potrà comunque rivolgersi all'istituzione arbitrale o al *juge d'appui* ed esporre le proprie ragioni nel termine di decadenza di un mese dalla dichiarazione ovvero dal momento della scoperta della circostanza che dà luogo al dubbio. La decisione dell'istituzione arbitrale o del giudice porranno poi fine alla questione.

Va ricordato, infine, che la determinazione del momento di costituzione del tribunale arbitrale, dunque dell'inizio del procedimento, è derogabile dalle parti (v. art. 1461, *infra* § 4.8), che possono quindi accordarsi per un momento diverso e consentire così al tribunale di costituirsi senza subire l'eventuale brevità del termine semestrale imposto dalla legge (art. 1463, *infra* § 5.2).

---

(72) La norma (che dal 1° gennaio 2012 sarà sostituita dall'art. 11, par. 2) così recita: «[b]efore appointment or confirmation, a prospective arbitrator shall sign a statement of independence and disclose in writing to the Secretariat any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the arbitrator's independence in the eyes of the parties. The Secretariat shall provide such information to the parties in writing and fix a time limit for any comments from them». Sulla traduzione di tale principio all'interno della riforma francese, con giurisprudenza in nota, v. N. DARWAZEH, B. RIGAudeau, *Clues*, cit., p. 392 ss.

(73) Come spiega E. GAILLARD, *Note*, cit. alla nota 71, p. 1241, «[l']équivalence absolue entre révélation et cause de récusation aurait pour conséquence perverse de limiter les circonstances révélées par l'arbitre pressenti. Cette équivalence ne pourrait en effet manquer d'être comprise comme l'engagement, de la part de l'arbitre, de se déporter en cas de contestation de l'une des parties sur son aptitude à juger au vu des circonstances révélées. De ce fait, l'arbitre pressenti se trouverait incité à faire lui-même un choix entre les circonstances de nature à constituer une véritable cause de récusation, qu'il devrait révéler, et celles qui lui paraîtraient moins sérieuses et ne pas justifier une telle conséquence».

#### 4.6. *Sostituzione degli arbitri.*

**Art. 1457. — *Il appartient à l'arbitre de poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission.***

***En cas de différend sur la réalité du motif invoqué, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui saisi dans le mois qui suit l'empêchement, l'abstention ou la démission.***

**Art. 1458. — *L'arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties. A défaut d'unanimité, il est procédé conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 1456.***

Queste norme si occupano di ipotesi diverse di circostanze sopravvenute nel corso del procedimento arbitrale, le quali influiscono sulla posizione dell'arbitro. Vi sono in particolare affrontate le questioni dell'astensione e delle dimissioni, nonché il tema della revoca.

Principio generale è che l'arbitro, il quale ha accettato l'incarico che gli è stato conferito, deve portarlo a termine, a meno che non intervenga uno degli impedimenti indicati.

La novità rispetto al sistema precedente è che tutte le controversie relative alla fondatezza del motivo invocato o al consenso delle parti sono risolte, anche in questo caso, dall'istituzione che amministra l'arbitrato, che prima era invece esonerata da tale compito, ovvero ancora, in via residuale, dal *juge d'appui*. La relativa azione va proposta entro un mese dal verificarsi della circostanza o dalla conoscenza della stessa.

#### 4.7. *Il procedimento dinanzi al juge d'appui.*

**Art. 1459. — *Le juge d'appui compétent est le président du tribunal de grande instance.***

***Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455.***

***Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur.***

**Art. 1460. — *Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres.***

***La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé. Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455.***

Gli articoli 1459 e 1460 determinano le modalità di individuazione e intervento del *juge d'appui*, quando questi è chiamato in causa nella fase di costituzione del tribunale arbitrale (sulla figura v. *supra* § 3).

Non si segnalano sensibili modifiche rispetto al sistema precedente. È infatti il Presidente del *TGI* a svolgere le funzioni di *juge d'appui*, a meno che le parti non abbiano espressamente previsto nella convenzione d'arbitrato che tale ruolo sia svolto dal presidente del *Tribunal de commerce*, nel qual caso sarà questo il giudice competente.

La competenza per territorio, come in precedenza, spetta al giudice indicato nella convenzione arbitrale o, in mancanza, nel giudice del circondario nel quale si trova la sede del tribunale arbitrale. Espressione, questa, che si sostituisce alla precedente di «*ressort duquel [la] convention a situé les opérations d'arbitrage*».

Diversamente dalla disciplina vigente in Italia, l'art. 1459 non definisce quale sia la «*siège*» dell'arbitrato, né nella riforma esiste una norma che la determini <sup>(74)</sup>. La citata disposizione, infatti, non se ne occupa direttamente, limitandosi a contemplare i criteri per individuare il *juge d'appui* competente.

Il *juge d'appui* può essere adito da una delle parti, dal tribunale arbitrale o, in base nuovo dettato della norma, da uno dei suoi membri così evitando ogni tipo di ostacolo all'inizio o al proseguimento del procedimento arbitrale e garantendo a tutti gli effetti che la procedura arbitrale non sarà più sottomessa al comportamento di parti o arbitri poco diligenti.

Sempre a garanzia della celerità e dell'immediatezza della procedura, il legislatore ha confermato per questo tipo di domanda giudiziale la *procédure de référé*, un procedimento sommario e semplificato che si conclude con un'ordinanza non impugnabile. La possibilità di impugnazione, infatti, è limitata al caso di richiesta di nomina di arbitro, avanzata al giudice da una delle parti, quando quest'ultimo accerti la manifesta nullità o inapplicabilità della convenzione d'arbitrale. In questa ipotesi è ammesso appello <sup>(75)</sup>.

---

<sup>(74)</sup> L'art. 816 c.p.c., con una formulazione molto precisa, dispone che la sede dell'arbitrato è quella indicata dalle parti nella convenzione d'arbitrato o, in subordine, quella fissata dagli arbitri. Se tali soggetti non provvedono, la sede dell'arbitrato è quella nel luogo in cui è stata stipulata la convenzione. Se tale luogo non è in Italia, la sede è Roma.

<sup>(75)</sup> Con riguardo all'inappellabilità dell'ordinanza del giudice statale, alcuni si sono domandati se, a fronte di una decisione dotata di un così alto grado di autorevolezza e definitività, sia ancora possibile contestare l'imparzialità dell'arbitro attraverso lo strumento

#### 4.8. *L'inderogabilità della disciplina.*

**Art. 1461. — *Sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 1456, toute stipulation contraire aux règles édictées au présent chapitre est réputée non écrite.***

La norma, che sostituisce il previgente art. 1459, dispone che qualsiasi patto contrario alle regole che disciplinano la costituzione del tribunale arbitrale, la ricsuzione, la revoca e l'astensione degli arbitri, è da considerarsi come non scritto, con due importanti precisazioni.

La prima, desumibile in via interpretativa e riportata nel Rapporto, è che il termine «*stipulation*» è da intendersi in senso ampio, comprensivo non solo di tutto ciò che è espressamente convenuto tra le parti ma anche di quanto stabilito nei regolamenti arbitrali eventualmente richiamati.

La seconda risiede nell'eccezione di cui all'art. 1456. In virtù di quest'ultima disposizione, il tribunale arbitrale si considera formalmente costituito, come nel sistema italiano, al momento dell'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri, momento dal quale iniziano a decorrere i sei mesi per il deposito della decisione arbitrale (v. *supra* § 4.5).

Il legislatore della riforma infatti, consapevole che tale termine può talvolta risultare troppo breve e che la costituzione formale del tribunale arbitrale molto spesso non coincide con il momento in cui effettivamente gli arbitri ricevono gli atti introduttivi e iniziano l'esame della controversia, ha lasciato alle parti la possibilità di derogare a tale sistema di decadenze <sup>(76)</sup>.

### SEZIONE TERZA IL PROCEDIMENTO ARBITRALE

#### 5. *Il procedimento arbitrale.*

##### 5.1. *L'instaurazione.*

**Art. 1462. — *Le litige est soumis au tribunal arbitral soit conjointement par les parties, soit par la partie la plus diligente.***

La norma dispone che la controversia sia introdotta al tribunale arbitrale dalle parti congiuntamente ovvero dalla parte più diligente, come

---

del *recours en annulation* del lodo arbitrale. In senso negativo E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 283, a meno che l'indipendenza o l'imparzialità non siano venute meno per fatti o circostanze intervenute posteriormente rispetto all'ordinanza giudiziale.

<sup>(76)</sup> Come del resto prevedono diversi regolamenti arbitrali: cfr. sul punto C. JARROSON, *Le droit français*, cit., p. 28 s.

per il passato, senza ulteriori indicazioni. Come si vede, essa non dice nulla sul contenuto o sulla forma dell'atto introduttivo dell'arbitrato, così come nulla dice il codice di rito italiano, in linea con l'idea che l'arbitrato vive e deve vivere di libertà, per cui parti e arbitri dovrebbero poterlo costruire come ritengono più opportuno in relazione alla controversia da risolvere.

Tuttavia, la disposizione va coordinata in via sistematica con il successivo art. 1464, il quale richiama alcune norme del libro I del *NCPC*, tra le quali l'art. 4. Quest'ultima previsione stabilisce che «[l]'*objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties*» e che «[c]es *prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense*».

Il richiamo contenuto nell'art. 1464 è utile quindi per ricostruire il reale contenuto dispositivo dell'art. 1462. L'atto introduttivo del processo arbitrale, quindi, deve contenere le pretese delle parti e le loro conclusioni, che nel loro insieme che determinano l'oggetto del giudizio arbitrale.

## 5.2. *La durata.*

**Art. 1463.** — *Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine.*

*Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui.*

La disposizione fissa un termine legale di *sei mesi* per la «*durée de la mission*» arbitrale. Si tratta di un termine che, come nel sistema italiano, trova applicazione solo nel caso in cui le parti non abbiano disposto diversamente nella convenzione arbitrale.

Inoltre, la norma sancisce il principio per cui — per evitare abusi o ritardi irragionevoli — il tribunale arbitrale non ha il potere autonomo di disporre la proroga, che è riservata alle parti o al giudice. Questa regola soffre nondimeno un'eccezione nell'art. 1475 in tema di riassunzione del processo arbitrale (v. *infra* § 5.10).

Il *dies a quo* dal quale decorre detto termine è fissato attraverso un richiamo implicito al momento in cui il tribunale arbitrale deve considerarsi «*saisi*» e quindi, come prevede l'art. 1456, co. 1, al momento di accettazione dell'incarico arbitrale (v. *supra* § 4.5) <sup>(77)</sup>.

Le parti o, su ricorso di una di esse, il *juge d'appui* possono prorogare il termine legale o convenzionale. Non è chiaro, tuttavia, se tale proroga

---

<sup>(77)</sup> Cfr. a proposito Cass., 1<sup>re</sup> civ., 22 settembre 2010, *Banque Delubac c. Caisse fédérale du crédit mutuel Nord Europe*, in *Rev. arb.*, 2011, p. 159 s., la quale (a p. 160) stabilisce che «la sentence devait intervenir dans les six mois de la constitution du tribunal, sauf prorogation conventionnelle ou judiciaire».



debba aver luogo, almeno da parte del giudice, per una circostanza specifica che richieda una posticipazione dell'emissione del lodo, oppure su istanza di parte giustificata dal semplice avvicinarsi del termine senza che si sia esaurita la fase di trattazione della causa.

Infine, con linguaggio tautologico la norma in esame si riferisce alla durata del procedimento, che però l'art. 1477 considera terminato proprio con lo spirare del termine stesso: il combinato disposto dei due articoli non chiarisce *con quale atto* il procedimento si chiuda. Sul punto, si deve fare riferimento al momento in cui il tribunale arbitrale ha reso il lodo, coincidente con la data indicata nel lodo stesso.

### 5.3. *Le regole.*

**Art. 1464.** — *A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques.*

*Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1.*

*Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure.*

*Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité.*

Con quella che, forse esageratamente, è stata a suo tempo definita una «*petite révolution*» del diritto dell'arbitrato, il legislatore del 1980-81 aveva stabilito una disciplina del processo arbitrale — cioè delle regole che ne determinano lo svolgimento — basata *in primis* sulla volontà delle parti e in seconda battuta sulla decisione degli arbitri, facendo comunque salve talune norme che regolano il processo ordinario<sup>(78)</sup>. Ciò avveniva attraverso un richiamo ad alcuni articoli o principi del codice di rito.

Oggi, per effetto della disposizione in epigrafe, si assiste a una *minima proceduralizzazione* dell'arbitrato, che lo rende sempre più simile al giudizio ordinario.

Come nella disciplina previgente, infatti, vengono richiamati il principio dispositivo (artt. 4-9 *NCPC*), il principio del contraddittorio (artt. 14-17), il potere del giudice di ordinare tutte le misure istruttorie ammesse dalla legge (art. 10), l'obbligo delle parti di concorrere alla produzione delle misure istruttorie (art. 11, co. 1), la possibilità per il giudice di

---

<sup>(78)</sup> R. PERROT, *L'application à l'arbitrage des règles du Nouveau Code de procédure civile*, in *Rev. arb.*, 1980, p. 643.

invitare le parti a fornirgli le motivazioni di diritto che reputa necessarie alla soluzione della lite (art. 13), il diritto di difesa e la facoltà degli arbitri di conciliare (artt. 18-21). Oltre a questi, il sistema attuale richiama anche l'art. 12 (co. 2 e 3) e agli art. 23 e 23-1.

L'art. 12 afferma il principio *iura novit curia*, con qualche stemperamento in caso di apposito accordo delle parti. L'articolo 23, invece, esime al giudice-arbitro il ricorso a un interprete quando questi conosca la lingua con cui si esprimono le parti. Infine, l'art. 23-1 — di recente introduzione — regola l'ipotesi di sordità di una delle parti e la conseguente possibilità di condurre il processo con la lingua dei segni.

L'art. 1464 *post-riforma* richiama altresì quei principi che costituiscono l'«*épine dorsale*»<sup>(79)</sup> del processo arbitrale: i principi di celerità, lealtà e confidenzialità, che si impongono sia alle parti sia agli arbitri durante l'intero corso della procedura.

Da un lato, si tratta di principi tipici dell'arbitrato, che non si ritrovano dunque nella disciplina del giudizio ordinario. Dall'altro lato, la loro affermazione mira a risolvere un problema di ordine pratico, che vede il processo arbitrale sempre più nelle mani delle parti e sempre meno sotto il controllo degli arbitri. In particolare, in dottrina si è segnalata la tendenza ad abbandonare alla volontà delle parti la strutturazione della sequenza delle udienze e dello scambio delle memorie<sup>(80)</sup>. In altre parole, risulta sempre più difficile per gli arbitri, proprio per la natura del procedimento, opporsi a richieste dilatorie che provengano da tutte le parti. L'affermazione del principio di celerità mira a ovviare proprio a tale inconveniente.

Sotto un primo profilo, *célérité* significa rispetto delle scadenze previste dalla legge. Il principio, insomma, incorpora in sé un obbligo chiaro che completa i termini perentori già previsti dalla legge o dalle parti (v. ad es. gli art. 1463, 1475 e 1486 *NCPC*)<sup>(81)</sup>.

Sotto altro aspetto, la menzione della *célérité* mira — come è stato detto — a «*mettre le points sur le i*»<sup>(82)</sup>. In attesa di significative pronunce in merito, peraltro, è possibile individuare il contenuto del requisito della «*célérité*» attraverso una sommaria analisi della prassi dell'*ICC*. In particolare, la Corte di arbitrato dell'*ICC* può decidere di rimuovere un arbitro che essa ritenga non in grado di proseguire le proprie funzioni «*within the prescribed time limits*»<sup>(83)</sup>, sempre che non l'abbia già fatto, in virtù

---

(79) L'espressione è di E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 293.

(80) V. in particolare N. DARWAZEH, B. RIGAudeau, *Clues*, cit., p. 382.

(81) M.-E. ANCEL, *Le nouveau droit*, cit., p. 830.

(82) Sono parole di C. JARROSSON, J. PELLERIN, *Le droit français*, cit., p. 26. Secondo E.A. SCHWARTZ, *The New French Arbitration Decree*, cit., p. 366, è divenuto ormai «fashionable» per le leggi nazionali e i regolamenti delle istituzioni arbitrali affermare il principio di celerità del procedimento arbitrale.

(83) Così recita l'art. 12, par. 2, del Regolamento dell'*ICC* in tema di rimozione dell'arbitro.

dell'art. 9 del Regolamento, nella fase di designazione dopo aver esaminato gli eventuali ritardi accumulati dall'arbitro designando in passati procedimenti da lui svolti sotto l'egida dell'ICC.

Attingendo dunque a tale prassi, ci sembra che i criteri da considerare per definire la *célérité* di un procedimento si possano identificare nei seguenti: ritardi nel definire e nel dare esecuzione ai *terms of reference*; cancellazione ingiustificata, e con uno stretto preavviso, delle udienze arbitrali; ritardi sostanziali nel redigere il lodo; ripetuta violazione dei termini stabiliti in precedenza dal tribunale; mancata produzione di una bozza di lodo da parte dell'arbitro, ove promessa, e così via.

Il richiamo al rispetto del principio di celerità in capo non solo agli arbitri, ma anche alle parti, sembra imporre alle stesse la concentrazione delle fasi processuali attraverso un sistema ragionato e sequenziale di scadenze, obbligandole ad aderire alle richieste degli arbitri affinché l'arbitrato conservi il suo carattere di procedimento «*time — and cost — efficient*»<sup>(84)</sup>. Ci si riferisce, in particolare, alla necessità di concentrare tutte le domande e le argomentazioni iniziali di parte in un unico atto, in ossequio ad un principio di economia processuale che sembra essere l'ispirazione primaria di quello di *célérité*<sup>(85)</sup>.

Quanto al principio di «*loyauté*», esso è evidentemente idoneo a ricomprendere una svariata serie di comportamenti degli arbitri e delle parti. Si tratta di un principio che ispira già diverse norme del codice di rito e che ora trova un'espressione positiva nell'art. 1466 in tema di *estoppel* (v. *infra* § 5.5)<sup>(86)</sup>. Esso si traduce, in pratica, in un obbligo di buona fede nella conduzione e nella partecipazione del procedimento arbitrale. Gli arbitri, in particolare, sono chiamati ad astenersi da comportamenti «manifestamente inappropriati», come ad es. usare frasi offensive nei confronti di un co-arbitro o fare commenti sull'esito dell'arbitrato in udienza, mentre le parti devono evitare «*erratic behavior*», come trascurare il procedimento arbitrale avendo a mente di instaurarne un secondo, oppure fornire infor-

---

(84) N. DARWAZEH, B. RIGAudeau, *Clues*, cit., p. 385.

(85) V. al riguardo Cass., Assemblée plen., 7 luglio 2006, in *JCP*, 2007, II, 10070, secondo la quale «il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci», principio poi integrato dalla successiva sentenza della Cass., 1<sup>o</sup> civ., 28 maggio 2008, *Société G et A Distribution c. Société Prodim*, in *Rev. arb.*, 2008, p. 461, nel senso di dovere di concentrare le domande «fondées sur une même cause». Per una discussione sul tema v. E. LOQUIN, *De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2010, p. 201 ss., spec. p. 207 ss.

(86) Cfr. sul punto Cass., 2<sup>o</sup> civ., 18 dicembre 1996, *Société Spedidam c. Société Adami*, in *Rev. arb.*, 1997, p. 361 ss., per la quale «les parties au procès arbitral doivent respecter un principe de loyauté procédurale qui, même s'il n'est exprimé que de manière fragmentaire dans le nouveau Code de procédure civile, est un principe fondamental de toute procédure [...], qu'elle soit étatique ou arbitrale».

mazioni contraddittorie su questioni specifiche che riguardano la controversia (87).

Per quanto riguarda infine il principio di confidenzialità, il legislatore francese della riforma ha proceduto a una sua codificazione, quale principio generale del procedimento, per il solo arbitrato interno. L'art. 1506, infatti, tra le tante norme non richiama l'ultimo comma dell'art. 1464, evitando così di estendere all'arbitrato internazionale l'obbligo di confidenzialità (88).

Giurisprudenza risalente ha affermato che — a prescindere dall'espressa volontà delle parti in questo senso — la confidenzialità rappresenta un principio fondamentale del procedimento arbitrale, che anzi ne costituisce una delle ragioni d'essere (89). Invero, pur nella vigenza di una disposizione (il vecchio art. 1469) che sanciva la segretezza delle delibere degli arbitri (*infra* 2<sup>a</sup> parte), l'assenza di una espressa previsione di legge restava una delle maggiori incognite della materia, considerato soprattutto che né le leggi nazionali né i regolamenti delle istituzioni arbitrali contemplano un *generale* principio di confidenzialità (90). Non stupisce, pertanto, che la stessa giurisprudenza francese abbia più volte esitato ad applicare in via automatica e generale detto principio (91).

La scelta del legislatore del 2011 sul punto, dunque, è stata netta. Resta da vedere come la prassi applicherà detto principio.

#### 5.4. *Effetto positivo della compétence-compétence.*

#### **Art. 1465. — *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel.***

Con questa disposizione il legislatore francese codifica quella che è stata definita ironicamente come «*an Immutable Rule of Natural Law*»: il c.d. «effetto positivo della *compétence-compétence*», già previsto dal vecchio art. 1466 *NCPC*, per cui sono gli arbitri a determinare i limiti della propria competenza (92).

---

(87) Per questi esempi, tratti dalla prassi dell'ICC, v. ancora N. DARWAZEH, B. RIGAU-DEAU, *Clues*, cit., p. 389 s.

(88) In questo senso C. DE LOS SANTOS, M. SOTO MOYA, *Confidentiality under the New French Arbitration Law: A Step Forward?*, in *Spain Arb. Rev.*, 2011, p. 79 ss., p. 80, che si basano su un'interpretazione letterale art. 1506 *NCPC*.

(89) Si veda App. Paris, 18 febbraio 1986, *Aïta c. Ojeh*, in *Rev. arb.*, 1986, p. 583 ss.

(90) Così, esattamente, E. LOQUIN, *Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2006, p. 323 ss., p. 325; E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 313. *Contra* C. JARROSSON, J. PELLERIN, *Le droit français*, cit., p. 121.

(91) V. per tutti App. Paris, 22 gennaio 2004, in *Rev. arb.*, 2004, p. 646 ss., con nota di E. LOQUIN. In quel caso una parte chiedeva la condanna dell'altra per violazione di un dovere di confidenzialità, che però la Corte d'appello non ha ritenuto esistente.

(92) L'ironica qualificazione è di A.S. RAU, *Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of 'Consent'*, in *24 Arb. Int.*, 2008, p. 199 ss., p. 207. Con riferimento al «pouvoir juridictionnel

Trattasi di un principio già incorporato nella Legge Modello dell'UNCITRAL, all'art. 16, nel quale non a caso esso risulta immediatamente seguito dall'affermazione dell'autonomia della convenzione d'arbitrato, del quale costituisce l'imprescindibile corollario (v. *supra* § 2.5) <sup>(93)</sup>.

L'esigenza sottesa al principio, dunque, ha natura soprattutto pratica <sup>(94)</sup>. Essa consente al procedimento arbitrale di proseguire senza interferenze esterne, assicurando agli arbitri piena cognizione per quanto riguarda le contestazioni relative alla propria *potestatio decidendi*, che deriva loro dalla convenzione d'arbitrato. L'effetto positivo della *compétence-compétence* si esplica dunque nel potere di determinare gli effetti della convenzione, cioè la sua esistenza e validità.

Va ricordato al riguardo che, in virtù di un consolidato orientamento giurisprudenziale, siffatto accertamento avviene non sulla base di una legge nazionale applicabile, ma in astratto. In particolare, l'arbitro dovrà limitarsi a verificare che le parti abbiano espresso un pieno consenso all'arbitrato <sup>(95)</sup>.

L'errata pronuncia del tribunale arbitrale sulla sussistenza o meno della propria competenza è motivo di ricorso in annullamento *ex art.* 1492, n. 1 (v. *infra* 2<sup>a</sup> parte).

### 5.5. *Il principio dell'estoppel.*

**Art. 1466.** — *La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.*

Questa disposizione codifica il principio, di origine anglosassone, noto come «*estoppel*». In base a tale principio, che evidentemente si ispira alla «*loyauté*» che — nella filosofia della riforma del 2011 — deve permeare l'intero procedimento arbitrale, le parti non possono sollevare eccezioni procedurali che non siano coerenti con il loro precedente comporta-

---

de l'arbitre», al contrario della disposizione previgente, quella attuale non usa più l'espressione «*limites de son investiture*», ritenuta eccessivamente romantica. Così, infatti, E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 295.

<sup>(93)</sup> L'art. 16, par. 1, della Legge Modello dell'UNCITRAL del 1985 stabilisce che «[t]he arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence, or validity of the arbitration agreement».

<sup>(94)</sup> Così E. MINOLI, *L'entrata in vigore della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 539 ss., p. 554, per il quale «il fatto che la *Kompetenz-Kompetenz* sia attribuito 'connaturale' di ogni sorta di giudice non è il frutto di una misteriosa qualità dei poteri giurisdizionali che gli spettano, ma il frutto di una ovvia esigenza pratica». Nello stesso senso v. J.-F. POUURET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Gèneve-Paris-Bruxelles, 2002, p. 408, secondo i quali «cette règle répond surtout à une préoccupation pratique».

<sup>(95)</sup> Cfr. il già citato caso di Cass., civ. 1<sup>re</sup>, 20 dicembre 1993, *Dalico*, cit. *supra* nota 39.

mento<sup>(96)</sup>. Trattasi della versione moderna del principio espresso dal brocardo «*ne concedit venire contra factum proprium*».

L'*estoppel* è stato oggetto di un'interessante pronuncia della *Cour de Cassation* del 2005, la quale per la prima volta ha introdotto nella giurisprudenza francese l'uso del nome proprio dell'istituto, estendendolo dall'ambito contrattuale a quello arbitrale<sup>(97)</sup>. In quel caso, l'attore di un procedimento arbitrale aveva poi chiesto l'annullamento del lodo per inapplicabilità della convenzione d'arbitrato, domanda ritenuta dalla Suprema Corte incoerente rispetto al fatto stesso di aver attivato la procedura arbitrale e di averla coltivata per lungo tempo.

Accorta dottrina tende a distinguere tra l'*estoppel* e la «*renonciation*». Nel primo caso, per affermare la decadenza della parte dal diritto di far valere un'irregolarità, occorre esaminare l'affidamento che il comportamento di tale parte ha fatto sorgere in capo all'altra; nel caso della rinuncia, invece, la finalità della decadenza non è quella di proteggere la controparte, il cui affidamento è dunque irrilevante, bensì la speditezza della procedura.

Si tratta, comunque, di «*deux faces d'une meme pièce*», dato che sia l'*estoppel* sia la rinuncia intendono sanzionare la coerenza del comportamento delle parti nel corso della procedura. Quello che cambia tra l'una e l'altra è l'accertamento dell'arbitro (o del giudice), che dovrà indagare — a seconda dei casi — l'esistenza di un comportamento «*au detriment d'autrui*»<sup>(98)</sup>.

Peraltro l'art. 1466, che nella sua formulazione sembra ispirarsi all'art. 33 del Regolamento dell'ICC, non menziona l'affidamento della parte, sicché pare riferirsi unicamente all'ipotesi della rinuncia<sup>(99)</sup>. In verità,

---

<sup>(96)</sup> In virtù della teoria dell'*estoppel*, «le comportement procédural doit être constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire l'autre partie en erreur sur ses intentions». Così S. ADELINÉ, *L'édification de la notion d'estoppel par la Cour de cassation*, in 28 *ASA Bulletin*, 2010, p. 406 ss., p. 408. Definizione analoga è quella data da E. GAILLARD, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international*, in *Rev. arb.*, 1985, p. 241 ss., p. 244. Cfr. poi sul tema H. MUIR-WATT, *Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français*, in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, p. 303 ss.

<sup>(97)</sup> Si tratta del celebre caso *Golshani*: Cass., 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>o</sup> luglio 2005, *Golshani c. Gouvernement de la République Islamique d'Iran*, in *Dalloz*, 2006, p. 1424 ss., con nota di E. AGOSTINI e in *Rev. arb.*, 2005, p. 993 ss., con nota di P. PINSOLLE. Si vedano inoltre, per altre applicazioni pratiche, Cass., 1<sup>re</sup> civ., 6 maggio 2009, *Mandataire judiciaire associés c. Société International Company for Commercial Exchanges Income*, in *Bull. civ.*, I, p. 86; in *Dalloz*, 2009, p. 1422 ss., con nota di X. DELPECH; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 febbraio 2010, *Société Merial c. Société Klocke Verpackungs Service GMBH*.

<sup>(98)</sup> Per questa distinzione v. diffusamente P. PINSOLLE, *Note*, cit. alla nota precedente, p. 26 ss.

<sup>(99)</sup> Come il previgente art. 33, l'art. 39 del Regolamento dell'ICC, in vigore dal 1<sup>o</sup> gennaio 2012, stabilisce che «[a] party which proceeds with the arbitration without raising its objection to a failure to comply with any provision of the Rules, or of any other rules applicable to the proceedings, any direction given by the arbitral tribunal, or any requirement under the arbitration agreement relating to the constitution of the arbitral tribunal or the conduct of the proceedings, shall be deemed to have waived its right to object».

l'espressione «*sans motif légitime*» potrebbe astrattamente includere anche l'esame, da parte dell'arbitro (o del giudice), dell'affidamento. Per questa ragione, i primi commentatori affermano senza esitazione che la disposizione comprende entrambi gli istituti della rinuncia e dell'*estoppel*, affermazione che ad una prima valutazione non è possibile contraddire <sup>(100)</sup>.

#### 5.6. *L'istruzione probatoria.*

**Art. 1467. — *Le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres.***

***Le tribunal arbitral peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment.***

***Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte.***

La disposizione riprende, modificandola leggermente, la previsione del vecchio articolo 1461, statuendo che il «*tribunal arbitral*» — non più, come in precedenza, «*tous les arbitres*», con un'evidente volontà di riconoscere il tribunale arbitrale come entità specifica di giurisdizione <sup>(101)</sup> — procede agli atti di istruzione necessari.

È anche possibile, su autorizzazione delle parti, che all'istruzione provveda uno solo degli arbitri. Quest'ultima novità si è imposta rispetto al sistema previgente, ove la designazione di *un* arbitro istruttore era possibile solo se prevista nel compromesso.

In via del tutto generale, nel sistema arbitrale francese l'arbitro ha sempre goduto di ampi poteri istruttori. Indicativo è il rinvio che l'art. 1464, che elenca i principi processuali applicabili all'arbitrato (*supra* § 5.3), fa all'art. 10 *NCPC*, in base al quale il giudice ha il potere di ordinare d'ufficio «*toutes les mesures d'instructions légalement admissibles*». Rinvio, questo, che invece manca nel nostro diritto dell'arbitrato.

Per quanto concerne i singoli mezzi di prova, la testimonianza è ammessa senza necessità di alcun giuramento.

Questione del tutto rilevante è se gli arbitri possono disporre coattivamente la comparizione di un testimone, come previsto dall'art. 207 *NCPC* per la testimonianza davanti al giudice statale. A questo riguardo, nel progetto di riforma il *CFA* aveva suggerito l'introduzione di una norma

---

<sup>(100)</sup> In questo senso C. JARROSSON, J. PELLERIN, *Le droit français*, cit., p. 27; E. GAILLARD, P. DE LA PASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 292, che parlano di «consacration du nouveau principe, celui de l'*estoppel* ou de coherence».

<sup>(101)</sup> Non è solo in questo articolo che il legislatore ha sostituito la nozione di «*arbitre*» con quella di «*tribunal arbitral*»: cfr. anche i vecchi articoli 1460, 1466, 1467 e 1468 *NCPC*.

in questo senso, accompagnata dalla sanzione dell'ammenda pari nel massimo a 3.000 euro.

Il legislatore della riforma, però, non ha accolto tale proposta, rifiutandosi di fornire agli arbitri lo stesso potere d'imperio di cui dispone invece il giudice statale. A favore di questo rifiuto, peraltro, ha militato l'ineffettività della sanzione che, se relazionata ai costi dell'arbitrato, non sembra costituire un efficace deterrente <sup>(102)</sup>.

La disposizione in commento, inoltre, specifica all'ultimo comma che il tribunale arbitrale può ordinare alla parte — ma non al terzo, ipotesi disciplinata dal successivo art. 1469 (v. *infra* § 5.8) — di produrre in dibattimento un elemento di prova, sotto la minaccia di un'*astreinte*. È estremamente significativo che tale potere di sanzione degli arbitri, aggiunto dalla riforma, si espliciti unicamente nei confronti delle parti e non dei terzi. A tutela di questi ultimi, infatti, la nuova legge riserva un procedimento *ad hoc*, che vede l'intervento del *juge d'appui*. Nel caso che qui ci occupa, invece, l'intera fase è gestita dal tribunale arbitrale.

#### 5.7. *Il potere cautelare degli arbitri.*

**Art. 1468. — *Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires.***

***Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée.***

Quello del potere degli arbitri di disporre misure cautelari è un tema ampiamente discusso in dottrina e nella prassi <sup>(103)</sup>. Originariamente si riteneva che solamente i giudici statali potessero esercitare tale potere, che è espressione della capacità coercitiva tipica dell'autorità pubblica. La prassi giudiziaria e arbitrale, nonché le modifiche legislative intervenute in vari Paesi, hanno però mostrato sempre maggiori aperture sul tema, fino ad assegnare agli arbitri un vero e proprio potere cautelare e d'urgenza, come dimostra proprio la norma in commento.

I decreti del 1980-81 avevano attribuito all'arbitro il potere di obbligare le parti a produrre elementi di prova, ma nulla di più. Sulla scorta di tale previsione, le corti francesi hanno estensivamente riconosciuto al tribunale arbitrale anche il potere di ordinare misure provvisorie o conser-

---

<sup>(102)</sup> Così E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 295.

<sup>(103)</sup> Per una diffusa trattazione del tema v. A. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006.



vative, sul presupposto che tale potere costituisca il «*prolongement nécessaire à la fonction de juger des arbitres*» (104).

In tal modo, il potere cautelare non viene agganciato — come voleva la tradizione — alla capacità coercitiva bensì alla stessa funzione giurisdizionale, la quale non potrebbe esplicarsi fino in fondo senza il supporto (anche) del potere cautelare. Dinanzi a tale orientamento, il ruolo del giudice statale in questo ambito è destinato inevitabilmente a farsi da parte (105).

Una delle ragioni che hanno condotto a tale sviluppo risiede nella volontà di evitare che, attraverso il ricorso all'autorità giudiziaria, una delle parti (ovvero entrambe) fosse in grado di «aggirare» la convenzione d'arbitrato, consentendo al giudice di «interferire» sul processo decisionale degli arbitri e infrangendo così il «*principe de l'autonomie de l'ordre procedural arbitral*» (106). Tale principio giurisprudenziale, per quanto di estensione potenzialmente illimitata, soffriva nondimeno di una serie di eccezioni, quando, ad esempio, si trattava di materie strettamente riservate alla competenza del giudice statale, come nel caso dei sequestri conservativi (107).

Tenendo conto di questi elementi, il CFA aveva proposto la codificazione di tale principio giurisprudenziale nella seguente formulazione: «*[l]e Tribunal arbitral peut ordonner, dans les conditions qu'il détermine, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Dans ce cas, le concours des autorités judiciaires pourra, si nécessaire, être sollicité par le Tribunal arbitral ou par une partie*».

Siffatta formulazione, però, per i redattori della riforma del 2011 presentava delle ambiguità. In particolare, il termine «*concours*» non permetteva di individuare in concreto in quale caso il potere del tribunale arbitrale potesse ritenersi esclusivo, o potesse viceversa ritenersi tale quello del giudice statale.

Così il legislatore ha optato per una soluzione più circostanziata: una volta che il tribunale arbitrale si è costituito, sarà questo, con l'assistenza di un'*astreinte*, a ordinare tutte le misure conservative o provvisorie che ritiene opportune, ad eccezione dei sequestri conservativi e dei sequestri giudiziari, per i quali continuerà ad essere competente in via esclusiva la giurisdizione dello Stato.

Riconoscere il potere di concedere provvedimenti cautelari agli arbitri

---

(104) App. Paris, 7 ottobre 2004, in *Rev. arb.*, 2005, p. 737 ss., con nota di E. JEULAND.

(105) Cass., 1<sup>re</sup> civ., 6 dicembre 2005, in *JCP*, 2005, p. 344 ss., con nota di G. CHABOT.

(106) Così E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., p. 296.

(107) Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 8 giugno 1995, *SNTM Hyproc c. SNACH*, in *Rev. arb.*, 1996, p. 125, con nota adesiva di J. PELLERIN, per la quale «*[l]'existence d'une clause compromissoire n'interdit pas, même après la saisine de la juridiction arbitrale, la mise en oeuvre d'une saisie conservatoire dans les conditions requises pour que cette saisie soit autorisée par la loi applicable*».

con un'espressa disposizione legislativa rappresenta un decisivo passo in avanti per lo sviluppo dello strumento arbitrale. Con questa novità la Francia si è adeguata al recente panorama internazionale, seguendone lo sviluppo (108).

La riforma francese dimostra che il potere coercitivo non riveste più il ruolo di presupposto necessario e indefettibile per decidere in sede cautelare. L'Italia, nonostante ben tre leggi di riforma dell'arbitrato e numerosi interventi di modifica del processo civile, continua nondimeno a mantenersi ferma nella soluzione più tradizionale (109).

#### 5.8. *Le prove detenute da terzi.*

**Art. 1469. — *Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.***

***La compétence territoriale du président du tribunal de grande instance est déterminée conformément aux articles 42 à 48.***

***La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé. Le président, s'il estime la demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait, selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte.***

***Cette décision n'est pas exécutoire de plein droit.***

***Elle est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours suivant la signification de la décision.***

La norma struttura un procedimento *ad hoc*, ancillare rispetto a quello arbitrale, nel caso in cui si renda necessaria l'acquisizione di prove in possesso di terzi.

---

(108) In primo luogo, si può citare la Legge Modello dell'UNCITRAL, che prevede espressamente, all'art. 17, il potere degli arbitri di concedere provvedimenti cautelari con, però, una competenza concorrente del giudice statale; ma anche la legge svizzera, una delle prime a prevedere il potere cautelare degli arbitri salva poi la possibilità che si renda necessario un intervento del giudice statale in sede di esecuzione (art. 188 LDIP); l'*Arbitration Act* del 1996 con delle limitazioni in funzione dei provvedimenti da adottare; oltre a molti regolamenti arbitrali.

(109) Infatti, l'art. 818 c.p.c. fa espresso divieto agli arbitri di concedere sequestri e altri provvedimenti cautelari con un unico motivo di conforto dato, dopo l'intervento legislativo del 2006, dall'ultimo inciso della norma che fa «salv[e] divers[e] disposizioni di legge», fattispecie per ora riconducibile al solo potere di sospendere l'efficacia delle delibere assembleari nell'arbitrato societario. Cfr. art. 35 del d.lgs. n. 5 del 2003. Un ulteriore spiraglio nel panorama italiano può ravvisarsi nel Regolamento della Camera Arbitrale di Milano che, all'art. 22.2, accorda agli arbitri il potere di pronunciare provvedimenti cautelari «che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento».

A questo riguardo, nel proprio progetto di riforma il *CFA*, auspicando in generale un ampliamento dei poteri degli arbitri nella fase istruttoria, proponeva l'estensione di tale potere anche nei confronti di terzi, pur con l'assistenza del *juge d'appui*. Tale regime, però, non ha trovato accoglimento nel Decreto, perché il legislatore ha ritenuto che i terzi non potessero essere assoggettati in via automatica né alla competenza degli arbitri, non essendo vincolati alla convenzione d'arbitrato, né a quella di un *juge d'appui* la cui funzione è «d'appoggio» rispetto ad un procedimento arbitrale al quale detti terzi sono evidentemente estranei.

Nel redigere la norma, dunque, il legislatore ha voluto tutelare al massimo grado sia i diritti dei terzi sia la natura tendenzialmente *inter partes* dell'arbitrato. Infatti, legittimata ad adire il giudice è la parte su invito del tribunale arbitrale. Inoltre, il giudice competente — significativamente — non è il *juge d'appui*, bensì il presidente del *TGI* territorialmente competente in virtù delle regole di diritto comune.

La sua decisione non è immediatamente esecutiva ed è suscettibile d'appello entro il termine breve di quindici giorni. Il procedimento è modellato su quello di *référé*.

#### 5.9. *Giudizio di verificaione e querela di falso.*

**Art. 1470. — *Sauf stipulation contraire, le tribunal arbitral a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299.***

***En cas d'inscription de faux incident, il est fait application de l'article 313.***

L'art. 1470 riprende la formulazione del vecchio art. 1467: nel caso in cui venga prodotto un documento di cui, in via incidentale, ne sia chiesto il riconoscimento o contro il quale sia proposta querela di falso, gli arbitri possono procedere al relativo giudizio e hanno altresì il potere di decidere sulla querela, al pari dei giudici statali.

L'incidente, quindi, è deciso dagli arbitri e non dà luogo a sospensione del procedimento.

#### 5.10. *L'interruzione e la sospensione.*

**Art. 1471. — *L'interruption de l'instance est régie par les dispositions des articles 369 à 372.***

**Art. 1472. — *Le tribunal arbitral peut, s'il y a lieu, surseoir à statuer. Cette décision suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine.***

*Le tribunal arbitral peut, suivant les circonstances, révoquer le sursis ou en abrégé le délai.*

*Art. 1473. — Sauf stipulation contraire, l'instance arbitrale est également suspendue en cas de décès, d'empêchement, d'abstention, de démission, de récusation ou de révocation d'un arbitre jusqu'à l'acceptation de sa mission par l'arbitre désigné en remplacement. Le nouvel arbitre est désigné suivant les modalités convenues entre les parties ou, à défaut, suivant celles qui ont présidé à la désignation de l'arbitre qu'il remplace.*

*Art. 1474. — L'interruption ou la suspension de l'instance ne dessaisit pas le tribunal arbitral. Le tribunal arbitral peut inviter les parties à lui faire part de leurs initiatives en vue de reprendre l'instance ou de mettre un terme aux causes d'interruption ou de suspension. En cas de carence des parties, il peut mettre fin à l'instance.*

*Art. 1475. — L'instance reprend son cours en l'état où elle se trouvait au moment où elle a été interrompue ou suspendue lorsque les causes de son interruption ou de sa suspension cessent d'exister. Au moment de la reprise de l'instance et par exception à l'article 1463, le tribunal arbitral peut décider que le délai de l'instance sera prorogé pour une durée qui n'excède pas six mois.*

I nuovi artt. da 1471 a 1475 NCPC disciplinano l'interruzione e la sospensione della procedura arbitrale, riprendendo la formulazione precedente — che si limitava ad un richiamo alle norme processuali di diritto comune — ed aggiungendovi alcune importanti precisazioni.

L'art. 1472, anzitutto, fissa la regola generale per cui la sospensione della procedura è ammessa, a discrezione del tribunale arbitrale.

L'art. 1473 elenca invece una serie di situazioni che *ex lege* danno luogo alla sospensione del procedimento. Si tratta del decesso, dell'impedimento, dell'astensione, della ricusazione e della revoca di un arbitro. Prima della riforma, queste situazioni davano luogo alla ben più grave interruzione della procedura, così obbligando le parti a instaurare un nuovo procedimento arbitrale.

In base alla nuova formulazione, invece, l'arbitrato è semplicemente sospeso fino all'accettazione dell'incarico da parte del nuovo arbitro, che viene così nominato secondo le modalità fissate dalle parti o, in mancanza, di quelle che hanno presidiato alla nomina dell'arbitro decaduto.

L'art. 1474 stabilisce che, a seguito di sospensione, il tribunale arbitrale può invitare le parti a depositare istanza di prosecuzione entro un certo termine. In caso di inerzia, il procedimento si estingue.

Alla riassunzione, cessata dunque ogni causa di sospensione o inter-

ruzione, in base al dettato dell'art. 1475, l'arbitrato riprende il suo corso e gli arbitri, che possono trovarsi nella situazione di non disporre più del tempo necessario per portare a termine l'arbitrato, possono decidere eventualmente di prorogare il termine per il deposito del lodo di ulteriori sei mesi.

In quest'ultimo caso il legislatore ha evidentemente optato per un'eccezione alla regola generale, imposta dall'art. 1463, che vuole il tribunale arbitrale escluso da ogni decisione in materia di proroga del procedimento (*supra* § 5.2). La possibilità del tribunale arbitrale di intervenire in questo senso è senz'altro positiva, perché consente al procedimento di riprendere il suo corso immediatamente, senza dover attendere che le parti o il *juge d'appui* si esprimano al riguardo <sup>(110)</sup>.

Senz'altro positivo è anche il fatto che il legislatore francese, oltre a queste, non prevede altre ipotesi di proroga del termine per la deliberazione della sentenza arbitrale, restringendo così i casi nei quali il procedimento potrebbe non seguire strettamente il principio di *célérité*.

#### 5.11. *La fine del procedimento.*

**Art. 1476. — *Le tribunal arbitral fixe la date à laquelle le délibéré sera prononcé.***

***Au cours du délibéré, aucune demande ne peut être formée, aucun moyen soulevé et aucune pièce produite, si ce n'est à la demande du tribunal arbitral.***

**Art. 1477. — *L'expiration du délai d'arbitrage entraîne la fin de l'instance arbitrale.***

Non apportando alcuna modifica rispetto al diritto preesistente, le due norme in commento si occupano rispettivamente della deliberazione del lodo e della fine del procedimento arbitrale.

La «*délibéré*» — cioè la rimessione della causa al collegio — sancisce la fine della fase istruttoria e il momento nel quale il tribunale arbitrale si riunisce senza le parti e decide la causa. La riforma, al riguardo, stabilisce anzitutto che nella fase di deliberazione le parti non possono presentare alcuna domanda o produrre alcuna prova, a meno che non lo richieda lo stesso tribunale arbitrale. In secondo luogo, la disposizione va agganciata al successivo art. 1479 *NCPC*, ai sensi del quale «*[l]es délibérations su tribunal arbitral son secrètes*» (v. *infra* § 2<sup>a</sup> parte).

La data non è essenziale. Secondo la giurisprudenza, infatti, la man-

---

<sup>(110)</sup> Così C. JARROSSON, *Le droit français*, cit., p. 31.

cata fissazione di una data per la deliberazione in camera di consiglio non costituisce motivo di ricorso per l'annullamento del lodo <sup>(111)</sup>.

Quanto infine alla disciplina del termine del procedimento, l'art. 1477 va letto in coordinamento con l'art. 1463 in materia di durata (*supra* § 5.2). Dalla lettura dei due articoli emerge una sorta di gioco di parole, per cui il termine fissato dalla legge per la fine del procedimento può essere prorogato, ma in ogni caso il suo spirare ... pone fine al procedimento. Deve ritenersi, a questo proposito, che decisiva per stabilire se il termine è stato rispettato sia la data del lodo, come riportata nello stesso.

Vale la pena di ricordare, a tal proposito, che in materia di arbitrato internazionale non è ammissibile il ricorso in annullamento contro un lodo arbitrale per contestazioni relative alla data dell'emissione o alla sottoscrizione degli arbitri <sup>(112)</sup>.

---

<sup>(111)</sup> In questo senso App. Paris, 6 novembre 1997, *Desmedt c. Rohr*, in *Rev. arb.*, 1998, p. 7076 ss., con nota adesiva di Y. DERAÏNS, sulla scorta della sentenza di Cass., 2<sup>e</sup> civ., 12 dicembre 1990, in *Rev. arb.*, 1991, p. 317 ss., per cui «l'omission de la fixation de la date à laquelle l'affaire sera mise en délibéré, laquelle fixation ne constitue pas une formation d'ordre public, n'ouvre pas le recours en annulation de la sentence».

<sup>(112)</sup> V. in questo senso Cass., 1<sup>re</sup> civ., 15 luglio 1999, *Société Eiffage c. Société Butec*, in *Rev. arb.*, 1999, p. 623 ss., per la quale «les critiques concernant la date et la signature de la sentence arbitrale ne constituent pas des cas d'ouverture au recours en annulation en matière d'arbitrage international».