

L'applicazione del diritto dell'Unione da parte degli arbitri

Riflessioni e prospettive in tema di rinvio pregiudiziale

Marco Gregori

(Dottorando di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract The paper investigates the connection between arbitration and preliminary ruling of the European Court of Justice (and relative issues) resulting from the jurisprudence of the Court itself, with the view to identify the critical aspects connected to the current regime, the remedies already suggested as well a possible alternative solution in the light of the contractual theory of arbitration.

Sommario 1. Arbitrato e diritto dell'Unione europea. – 2. Il rinvio diretto da parte degli arbitri nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. – 3. La posizione della Corte di Giustizia in riferimento agli arbitrati non "convenzionali". – 4. Profili problematici conseguenti a un'eventuale facoltà di rinvio da parte degli arbitri. – 5. Rimedi prospettati dalla Corte in ragione del diniego di rinvio pregiudiziale degli arbitri: il ruolo dei tribunali nazionali. – 6. Obbligo per gli arbitri di osservare il diritto dell'Unione. – 7. Una prospettiva alternativa di risoluzione delle incertezze interpretative sul diritto dell'Unione.

1 Arbitrato e diritto dell'Unione europea

L'arbitrato rappresenta uno dei più affermati metodi di risoluzione delle controversie internazionali. La sua rilevanza è ormai riconosciuta dalle legislazioni nazionali dei principali Stati europei che, traendo ispirazione in modo più o meno diretto dalla *Model Law on International Commercial Arbitration* predisposta nel 1985 dall'*United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), hanno munito l'arbitrato dell'opportuno supporto normativo a livello nazionale.

Quantunque la sua importanza sia stata affermata anche dall'Unione Europea¹, non esiste attualmente alcun atto di diritto dell'Unione che lo rego-

1 Nel *Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, 21/4/2009, p. 8, è stato sostenuto che «arbitration is a matter of great importance to international commerce. Arbitration agreements should be given the fullest possible effect and the recognition and enforcement of arbitral awards should be encouraged».

lamenti e finanche l'unica norma che ne faceva menzione, ossia l'originario art. 220 del Trattato di Roma in cui era sancito il dovere degli Stati membri di favorire «la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali», è stato abrogato ad opera del Trattato di Lisbona.

Se da un canto, almeno in apparenza, il legislatore europeo ha manifestato un'"indifferenza" o quantomeno una neutralità nei riguardi della materia arbitrale (si consideri a titolo d'esempio l'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del Regolamento Roma I [593/2008] sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e del Regolamento 44/01 sulla competenza giurisdizionale)², dall'altro il sempre maggiore intervento normativo dell'Unione nella disciplina legale di vari settori del diritto civile ha fatto sì che gli arbitri, nella risoluzione delle controversie loro affidate, si siano dovuti confrontare in misura crescente con fonti di diritto sovranazionale³.

La circostanza per cui il fenomeno arbitrale non appare regolato da norme europee non implica che tra i due ambiti difettino significative correlazioni giuridiche. Al contrario vi sono molteplici ipotesi in cui il diritto dell'Unione assume diretto rilievo nei procedimenti arbitrali: l'oggetto del presente scritto intende soffermarsi sulle questioni problematiche inerenti al rapporto tra arbitrato e deferimento alla Corte di Giustizia di quesiti concernenti l'interpretazione e validità del diritto dell'Unione attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, muovendo dall'analisi della giurisprudenza della Corte medesima onde identificare i profili critici dell'attuale sistema, i rimedi già proposti dalla dottrina e prospettare infine possibili soluzioni alternative basate su un'interpretazione contrattualista dell'arbitrato.

2 Il rapporto Jenard (1968), redatto in occasione dell'approvazione della Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, già rimarcava come l'arbitrato fosse disciplinato da convenzioni internazionali di cui gli Stati europei erano parte tra cui, in particolare, la Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere e la Convenzione di Ginevra sull'arbitrato commerciale internazionale, cosicché una disciplina comunitaria avrebbe causato una stratificazione normativa eccessiva. Più recentemente, la proposta contenuta nel c.d. rapporto Heidelberg (*Report on the Application of Regulation Brussels in the Member States*) e la proposta della Commissione, contenuta nel già citato *Green Paper del 2009* (p. 8 ss.), di riconsiderare l'esclusione della materia arbitrale dal Regolamento 44/01 ha incontrato l'ostilità del Parlamento europeo, di molti Stati nazionali (*in primis* del Regno Unito) nonché quella di alcune associazioni arbitrali (tra cui l'*International Chamber of Commerce*). Il nuovo Regolamento sulla competenza giurisdizionale 1215/2012, entrata in vigore il 10 gennaio 2015, ha riconfermato l'esclusione dell'arbitrato dal suo campo d'applicazione.

3 LANDOLT, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, The Hague, 2006, *passim*; LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, p. 475.

2 Il rinvio diretto da parte degli arbitri nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

Al fine di garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione, gli organi giudiziari di uno Stato membro ai sensi dell'art. 267 TFUE hanno facoltà e, in taluni casi, l'obbligo, di formulare un quesito acciocché la Corte di Giustizia si pronunci sull'interpretazione o sulla validità di una norma dell'Unione, qualora ciò sia essenziale per la risoluzione della controversia *a quo*.

Il Trattato tuttavia precisa che tale rinvio pregiudiziale (*preliminary ruling*), in ragione dei suoi caratteri eminentemente "pubblicistici", può essere operato unicamente da un «organo giurisdizionale di uno degli Stati membri»⁴; posto che la lettera della norma non consente di intendere univocamente la volontà del legislatore sul punto, la Corte di Giustizia, non senza suscitare un certo dibattito dottrinale, ha elaborato già a partire dalla sentenza Vaassen-Göbbels (1966) una definizione comunitaria di "giurisdizione" in cui sono ricompresi esclusivamente gli organi che posseggano i seguenti elementi qualificanti: (i) costituzione in conformità a norme legali, (ii) stabilità, (iii) giurisdizione obbligatoria, (iv) applicazione del diritto, (v) indipendenza e terzietà⁵.

Anche l'arbitrato, dunque, per essere ritenuto una "giurisdizione" ai sensi del diritto dell'Unione deve possedere cumulativamente le sopra menzionate caratteristiche, onde l'organismo arbitrale deve essere permanente e avere origine legale e non convenzionale, il procedimento deve essere deferito agli arbitri sulla base di un obbligo di legge, l'arbitro deve pronunciarsi sulla base di norme di legge, il lodo deve avere efficacia di *res iudicata* e deve essere riconoscibile da parte dei tribunali nazionali⁶.

Appare percepibile *ictu oculi* come più d'uno dei predetti requisiti non siano propri dei procedimenti arbitrali volontari (o "convenzionali") largamente prevalenti nell'ambito del commercio internazionale, donde la preclusione alla proposizione del rinvio pregiudiziale sancita da consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Nel caso Nordsee (1982)⁷ la Corte, adita per la prima volta nel corso di

4 Nel testo inglese l'espressione utilizzata è «any court or tribunal of a Member State».

5 *Vaassen-Göbbels v. Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, C-61/65, sent. 30 giugno 1966, in *Raccolta*, 1966, p. I-424.

6 In materia di rinvio pregiudiziale si rinvia per una trattazione istituzionale a ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*³, Torino, 2014, p. 327 ss.; TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*⁷, Padova, 2012, p. 290 ss.; CONDINANZI, MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 186 ss.; MENGOZZI, MORVIDUCCI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Padova 2014, p. 229 ss.; DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*⁵, Milano, 2014, p. 369 ss.

7 *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG*, C-102/81, sent. 23 marzo 1982, in *Raccolta*, 1982, p. I-1095 ss., con il commento

un arbitrato “volontario” e “privato”, sancì come, per certi versi, l’attività arbitrale sia raffrontabile con quella giudiziaria giacché «in quanto l’arbitrato si svolge nell’ambito della legge, l’arbitro deve decidere secondo il diritto e il suo lodo avrà, nei confronti delle parti, efficacia di cosa giudicata, potendo costituire titolo esecutivo una volta ottenuto l’*exequatur*»⁸.

Pur ammettendo come, nel caso di specie, l’arbitrato si svolgesse secondo diritto per cui il relativo lodo sarebbe stato suscettibile di riconoscimento ed esecuzione una volta ottenuto l’*exequatur*, la Corte non ritenne di conferire al collegio arbitrale lo *status* di “giurisdizione di uno Stato membro” per due ragioni: *in primis* l’arbitrato difettava del requisito dell’obbligatorietà, giacché al momento della conclusione dell’accordo «i contraenti erano liberi di affidare la soluzione delle loro eventuali controversie al giudice ordinario o di scegliere la via dell’arbitrato inserendo nel contratto una clausola in tal senso» non sussistendo pertanto «alcun obbligo, né giuridico, né di fatto, di risolvere le loro liti mediante arbitrato»⁹; la seconda ragione è conseguente all’origine convenzionale e non legale del tribunale arbitrale per cui le autorità tedesche «non sono implicate nella scelta della via dell’arbitrato e non possono intervenire d’ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all’arbitro», difettando dunque un collegamento con gli organi cui è demandata istituzionalmente l’amministrazione della giustizia¹⁰.

La Corte convenne dunque circa la natura eminentemente contrattuale dell’arbitrato, il cui carattere privato e volontario si manifesta sia con riferimento all’estraneità degli arbitri rispetto all’organizzazione istituzionale degli Stati (e, come si dirà in seguito, rispetto ai doveri di questi ultimi nei confronti dell’Unione e alla riconducibilità della responsabilità del loro operato in capo agli Stati medesimi), sia con riguardo alle modalità di

di TIZZANO, *Arbitrato privato e competenza pregiudiziale della Corte comunitaria*, in *Rassegna dell’arbitrato*, 1983, p. 153 ss. La causa Nordsee trovò la sua origine “in fatto” dall’accordo di alcune imprese armatoriali tedesche per la ripartizione in parti uguali le somme degli aiuti finanziari ottenuti dal Fondo europeo agricolo d’orientamento e di garanzia (FEAOG) in riferimento al progetto comune di costruzione di tredici navi attrezzate per la lavorazione ittica. A seguito del conseguimento di un finanziamento parziale e del relativo conflitto tra le imprese partecipanti al progetto sulla ripartizione dello stesso, si originò una controversia che venne deferita ad arbitrato in forza della clausola compromissoria contenuta nel contratto. L’arbitro unico Richter (Presidente dello Hanseatisches Oberlandesgericht di Brema), dovendo pronunciarsi su norme di diritto comunitario, sollevava innanzi alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali chiedendo, *inter alia*, «se un tribunale arbitrale tedesco, che deve risolvere una controversia non già secondo equità, ma applicando la legge e il cui lodo nei confronti delle parti ha valore di sentenza pronunciata da un giudice ordinario (c.p.c. ted. 1040) possa rivolgersi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in via pregiudiziale a norma dell’art. 177 co. 2, del trattato CEE (ora art. 267 TFUE)» (punto 8).

8 *Ibidem*, punto 10.

9 *Ibidem*, punto 11.

10 *Ibidem*, punto 12.

svolgimento della loro funzione, che non partecipa direttamente ad alcuna funzione pubblica (a differenza delle magistrature nazionali)¹¹.

Ciò posto, la Corte, aderendo alla tesi c.d. "istituzionalista" e, non senza soppesare anche problemi di carattere pratico che la prospettiva della legittimazione al rinvio avrebbe comportato (come il possibile abuso dell'istituto da parte degli arbitri e il conseguente accrescimento del proprio carico di contenzioso), concluse per l'inammissibilità del rinvio pregiudiziale, omettendo peraltro di verificare la sussistenza degli ulteriori requisiti enucleati nella sentenza Vaassen-Göbbels, quali ad esempio il carattere di stabilità dell'organo giudicante (peraltro anch'esso insussistente nel caso di specie).

In assenza di pronunce successive di senso contrario e stante l'efficacia vincolante *ultra vires* del precedente giurisprudenziale della Corte¹², l'esclusione degli arbitri dai soggetti legittimati ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte costituisce un dato acquisito e l'ormai risalente pronuncia Nordsee del 1982 rappresenta ancor oggi il *leading case* giurisprudenziale in materia di rapporto tra arbitrato e rinvio pregiudiziale¹³.

L'orientamento negativo ha peraltro conferma in pronunce successive della Corte, tra cui quella resa nel caso Denuit¹⁴, in cui il *Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages*, tribunale arbitrale belga con il compito di dirimere controversie in materia di viaggi organizzati, non fu ritenuto una "giurisdizione" ai sensi del diritto dell'Unione, difettando del (solo) requisito dell'obbligatorietà della giurisdizione: fu infatti accertato che per le parti non vi era «alcun obbligo, né di diritto né di fatto, di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato», posto che «la normativa belga

11 RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, p. 91.

12 Come è noto l'efficacia delle sentenze interpretative rese dalla Corte di Giustizia nell'ambito del procedimento di rinvio pregiudiziale si «impone con effetti *erga omnes*, nel senso che la disposizione in causa deve essere da chiunque interpretata ed applicata così come indicato dalla Corte» (ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 354) rendendo superflua la proposizione di un nuovo rinvio sulle medesime questioni da parte del giudice nazionale in casi analoghi.

13 A titolo di paragone si può menzionare l'opposta giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana che, nella sua pronuncia n. 376 del 28 novembre 2001, ha considerato l'arbitro espressione di un'attività giurisdizionale in merito alla possibilità da parte dello stesso di sollevare questione di costituzionalità della legge applicabile; per la Corte infatti «l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria». Sussiste pertanto l'esercizio di «funzioni giudicanti» anche da parte degli arbitri, che «pure estranei all'organizzazione della giurisdizione» sono «posti in posizione *super partes*», per cui agli effetti della sussistenza di un giudizio *a quo* «il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione».

14 *Guy Denuit v. Betty Cordenier*, C-125/04, sent. 27 gennaio 2005, in *Raccolta*, 2005, p. I-925 ss.

non impone il ricorso a tale collegio arbitrale come solo mezzo di composizione di una controversia tra un privato e un intermediario di viaggi» e dunque «le autorità pubbliche dello Stato membro non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato né sono chiamate a intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro»¹⁵.

3 La posizione della Corte di Giustizia in riferimento agli arbitrati non “convenzionali”

La Corte ritiene ammissibile il rinvio pregiudiziale da parte di organismi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione statale che, sebbene qualificati nominalmente come “arbitrati”, non sono assimilabili ai tribunali arbitrali “convenzionali” la cui competenza è stabilita da un accordo tra privati, senza coinvolgimento del potere pubblico.

Si tratta di organi costituiti e regolati nel loro funzionamento in forza di norme aventi natura pubblicistica o comunque sottoposti a controllo pubblico il cui procedimento di risoluzione delle controversie, lungi dall'originarsi dalla libera espressione dell'autonomia negoziale delle parti (a differenza di quanto avviene nell'arbitrato “convenzionale”), rappresenta l'esito vincolato di una prescrizione normativa cui i litiganti sono tenuti a conformarsi a prescindere dalla propria effettiva volontà. Essi recano pertanto caratteri necessari alla definizione comunitaria di “giurisdizione” ma atipici per un tribunale arbitrale quali l'origine legale, l'obbligatorietà e la permanenza, nonché la partecipazione dei poteri statali nella composizione e nel funzionamento (c.d. *compulsory arbitration* o *statutory arbitration*).

Nel già citato caso *Vaassen-Göbbles*¹⁶ la Corte qualificò quale giurisdizione lo *Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf* (tribunale arbitrale della cassa degli impiegati delle miniere), organo olandese istituito da un regolamento del Fondo dei lavoratori del settore minerario dei Paesi Bassi (e non in base a un contratto tra le parti) approvato a livello ministeriale (e dunque emanazione del potere dello Stato), dotato di carattere permanente e, infine, provvisto di giurisdizione obbligatoria in relazione alle controversie previdenziali.

Parimenti nella sentenza *Danfoss*¹⁷ il tribunale arbitrale danese competente a dirimere le controversie in materia di contratti collettivi di lavoro è stato ritenuto una giurisdizione a causa dell'origine legislativa, della giurisdizione obbligatoria non dipendente dall'accordo delle parti nonché

15 *Ibidem*, punti 15 e 16.

16 *Vaassen-Goebbels v. Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, cit., p. I-410 ss.

17 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening, che agisce per conto della Danfoss*, C-109/88, sent. 17 ottobre 1989 in *Raccolta*, 1989, p. I-3220 ss.

della composizione non rimessa alla libera determinazione dei contraenti.

Allo stesso modo, più recentemente, anche il *Tribunal Arbitral Tributário* portoghese, avente giurisdizione in materia fiscale¹⁸ e il *Tribunal Arbitral necessário* portoghese in materia di controversie sui diritti di proprietà industriale dei farmaci¹⁹, sono stati ritenuti “giurisdizione” ai sensi dell’art. 267 TFUE in quanto provvisti di ciascuno dei requisiti enunciati dalla Corte tra cui, in particolare, l’istituzione tramite atto legislativo, il carattere permanente e l’obbligatorietà della rispettiva giurisdizione²⁰.

4 Profili problematici conseguenti a un’eventuale facoltà di rinvio da parte degli arbitri

L’interpretazione restrittiva della Corte di Giustizia circa l’ammissibilità del rinvio pregiudiziale nei procedimenti arbitrali convenzionali è stata oggetto di vive critiche in dottrina²¹ da parte di quanti a vario titolo sosten-

18 *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA v. Autoridade Tributária e Aduaneira*, C-377/13, sent. 12 giugno 2014, consultabile al sito internet http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?j_sessionid=9ea7d2dc30d56c12af899cb64b21bcb2e73ca3167033.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbNn0?text=&docid=153582&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=307348 (2014-06-26).

19 *Merck Canada Inc. v. Accord Healthcare Ltd (e altri)*, C-555/13, ord. 13 febbraio 2014, consultabile al sito internet <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=148021&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=307642> (2014-06-26).

20 Tra i requisiti prescritti dalla Corte quello della “permanenza” dell’organo arbitrale è quello la cui valutazione nel corso del tempo è stata meno rigorosa: la costituzione volta per volta di un collegio arbitrale di categoria non è stata infatti considerata ostativa a integrare la nozione di “giurisdizione”, purché conseguente all’elemento fondante dell’origine normativa dell’organo medesimo e quindi, alla stabilità della giurisdizione arbitrale nel suo complesso.

21 Benedettelli afferma che «privare gli arbitri della funzione di nomofilachia assicurata dalla Corte attraverso l’art. 234 CE significa interpretare tale norma in contrasto con il suo obbiettivo ultimo» (BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favor, ostilità o indifferenza?*, in *Verso un “ordine comunitario” del processo civile: pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, a cura di Boschiero, Bertoli, Napoli, 2008, p. 111 ss.); secondo Biavati «la limitazione proposta dalla Corte (divieto di rinvio pregiudiziale per gli arbitri, ma riconoscimento di tale facoltà ai giudici ordinari di impugnazione) costituisce un’inammissibile restrizione del principio [...] del sistema comunitario, che postula l’interpretazione uniforme del diritto delle Comunità e, quindi, la facoltà più ampia possibile di rinvio interpretativo alla Corte» (BIAVATI, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 432); Briguglio sostiene parimenti che «tutte le volte che il lodo arbitrale, secondo l’ordinamento di uno Stato membro, si inserisca nella realtà di quell’ordinamento alla stregua di una decisione giurisdizionale, siccome emanata da terzo imparziale previo accertamento di fatto ed applicazione di norme, se del caso anche comunitarie, per la soluzione di una controversia, e siccome dispiegante nel futuro della esperienza giuridica effetti sostanzialmente equivalenti a quelli di una sentenza del giudice statale, compresa la idoneità al giudicato, va affermata anche in capo agli arbitri privati la legittimazione al rinvio» (BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, p. 786 ss.).

gono la c.d. tesi “funzionalista”, secondo cui, ritenuto lo spirito e la finalità della norma che regola il procedimento di rinvio (garantire l’uniformità di interpretazione e applicazione del diritto dell’Unione), la nozione di giurisdizione dovrebbe essere intesa estensivamente come comprensiva di tutti gli organi che esercitano funzioni giurisdizionali, ivi compresi gli arbitri²².

Nonostante il diffuso auspicio per una revisione della posizione della Corte, estendere agli arbitri il potere di proposizione di rinvio pregiudiziale comporterebbe criticità difficilmente risolvibili in quanto connesse allo stesso strumento di interpretazione pregiudiziale come regolato dall’art. 267 TFUE.

In primo luogo conseguenze affatto differenti deriverebbero dalla qualificazione del rinvio da parte dell’arbitro quale obbligatorio ovvero, al contrario, quale meramente facoltativo.

La tesi dell’obbligatorietà si fonda sull’assimilazione dell’arbitrato al giudice di ultima istanza in ragione del carattere sostanzialmente definitivo del lodo, conseguente alla tendenziale limitazione dei mezzi di gravame ammessi dalle legislazioni nazionali.

Il vincolo al rinvio implicherebbe tuttavia rigidità procedurali incompatibili con la vocazione del procedimento arbitrale, privandolo dei suoi caratteri più incentivanti: da un lato il tempo necessario all’ottenimento di una pronuncia da parte della Corte di Giustizia inciderebbe sulla rapidità della procedura, inducendo i contraenti a sostituire l’arbitrato con strumenti alternativi di risoluzione delle controversie ovvero ad abbandonare quei centri europei che oggi maggiormente attraggono gli arbitrati commerciali o marittimi a carattere internazionale (Parigi, Londra) per ricorrere tribunali arbitrali localizzati al di fuori dell’Unione europea²³, in quanto non soggetti all’obbligo di rinvio²⁴.

In aggiunta il ricorso alla Corte comporterebbe *per se* la pubblicazione degli atti in ossequio alla funzione nomofilattica della Corte, privando i contraenti di quel potere di controllo sulla riservatezza del procedimento grazie al quale senza il consenso delle parti il lodo non può essere pubblicato e la stessa esistenza del procedimento rimane celata ai terzi.

Diversamente, la ricostruzione del potere di rinvio in termini facoltativi avrebbe il pregio di salvaguardare la centralità del ruolo della volontà delle parti: gli arbitri avrebbero il potere di determinare, secondo le circostanze del caso concreto, se la sospensione del procedimento in attesa del giudizio

22 TIZZANO, *Arbitrato privato e competenza pregiudiziale della Corte comunitaria*, cit., p. 158.

23 Peraltro va precisato che se l’arbitro avente la propria sede in uno Stato non appartenente all’UE non avrebbe l’obbligo né la facoltà di interrogare la Corte di Giustizia, d’altro canto il relativo lodo non sfuggirebbe al sindacato di compatibilità con il diritto dell’Unione qualora fosse messo in esecuzione in un Paese membro dell’Unione.

24 SCHERMERS, WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, 2001, p. 262.

della Corte sia in effetti essenziale per la risoluzione del caso e corrispondente all'interesse dei contraenti di evitare future impugnazioni del lodo per violazione di diritto, ovvero se debba essere privilegiata la celerità della decisione a detrimento dell'interpretazione certa del diritto dell'Unione²⁵.

A seguito di un'eventuale pronuncia nel merito da parte della Corte si porrebbe poi l'ulteriore problema di stabilire se possa configurarsi un obbligo da parte dell'arbitro di conformarsi e quali siano le conseguenze in capo alle parti in caso di inosservanza (possibile diniego di riconoscimento del lodo) e in capo allo Stato (eventuale responsabilità per violazione del Trattato) ovvero se essa sentenza debba essere ritenuta null'altro che un "parere" non vincolante.

5 Rimedi prospettati dalla Corte in ragione del diniego di rinvio pregiudiziale degli arbitri: il ruolo dei tribunali nazionali

Affermato il principio di diniego del potere di rinvio per gli organi arbitrali, la Corte ha tentato di attenuarne le implicazioni negative (irrisoluzione delle questioni interpretative insorte nel procedimento arbitrale e implicito incentivo all'inosservanza del diritto dell'Unione), precisando nella pronuncia *Ecoswiss* che «l'ordinamento giuridico comunitario ha manifestamente interesse, per evitare future divergenze di interpretazione, a che sia garantita un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate»²⁶. In forza di tale principio la Corte ipotizza che l'arbitro sopperisca al proprio difetto di legittimazione attiva rivolgendosi al giudice statale affinché quest'ultimo, sussistendone i presupposti, sottoponga a propria volta alla Corte il quesito di diritto se, valutata l'opportunità e la rilevanza del rinvio, ritenga l'interpretazione del diritto europeo decisiva per la soluzione del caso²⁷.

Siffatto "rinvio indiretto" si colloca «vuoi nell'ambito del contributo che [i giudici nazionali] offrono agli organi arbitrali, in particolare assistendoli in taluni atti processuali o nell'interpretare il diritto da applicare, vuoi nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda

25 Il potere dell'arbitro andrebbe tuttavia escluso qualora nella convenzione arbitrale le parti avessero ritenuto di inserire una clausola di divieto espresso di rinvio pregiudiziale.

26 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, C-126/97, sent. 1 giugno 1999, in *Raccolta*, 1999, p. I-3093, punto 40. Sulla sentenza, *ex multis*, D'ALESSANDRO, *Processo arbitrale e diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 1903 ss.; FERRANTE, *Validità del lodo ed inderogabilità delle norme antitrust*, in *Dir. ind.*, 2000, p. 52 ss.; KOMNINOS, *Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. V. Benetton International NV*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 459 ss.; RADICATI DI BRONZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in *Rivista arb.*, 1999, p. 665 ss.

27 BEBR, *Arbitration Tribunals and Article 177 of the EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1985, p. 500.

dei casi, che spetta ad esso in caso di appello, di opposizione, di *exequatur*, o di qualsiasi altra impugnazione contemplata dalla normativa nazionale di cui trattasi»²⁸.

Va rilevato anzitutto come il sindacato giurisdizionale sul lodo si espliciti avanti alla magistratura degli Stati membri con modalità assai differenziate a seconda delle norme procedurali nazionali di volta in volta applicabili: in taluni casi l'esame può essere limitato a un controllo sulla mera regolarità formale del provvedimento, altre volte è ammissibile un riesame sul merito della pronuncia arbitrale. Inoltre affinché il giudice nazionale possa rivolgere alla Corte di Giustizia un quesito di interpretazione o di validità, l'impugnazione del lodo deve avere ad oggetto un'inosservanza del diritto europeo la quale, a sua volta, potrebbe esser ricompresa nella categoria della violazione di legge, ovvero essere qualificata quale violazione dell'ordine pubblico, con esiti alquanto diversi: infatti se tutti gli ordinamenti nazionali ammettono la censura del lodo per contrasto con norme di ordine pubblico, non così per quanto riguarda l'inosservanza di legge *lato sensu*²⁹.

Con riferimento all'impugnazione del lodo la legislazione italiana, che riconosce motivi di impugnazione sovente più estesi di quelli riscontrabili in altri ordinamenti, ammette il gravame per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia in varie ipotesi: se vi è stato un accordo tra le parti in tal senso, se vi sia una disposizione di legge che ciò preveda, se si tratta di una violazione di norme di ordine pubblico, se la causa abbia ad oggetto controversie individuali di lavoro o, ancora, se la violazione delle regole di diritto concerna la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato (art. 829 co. 3 e 4, c.p.c.). Tra le normative straniere, anche l'*Arbitration Act* britannico ammette in determinati casi l'impugnazione per violazione di legge sostanziale qualora vi sia l'accordo tra le parti o l'autorizzazione della Corte³⁰. Al contrario, diverse normative che hanno recepito o si sono ispirate alla *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* non attribuiscono alcun rilievo all'errore di diritto (es. Austria, Germania, Irlanda)³¹.

Va tuttavia rimarcato come il sindacato del lodo arbitrale da parte del giudice nazionale a seguito di impugnazione sia meramente eventuale in quanto rimesso alla volontà delle parti, nonché alla sussistenza di validi motivi di impugnazione.

28 *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG*, cit., p. I-1411, punto 14.

29 RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, p. 85 ss.

30 CRIFÒ, *L'impugnazione del lodo nell'Arbitration Act inglese del 1996*, in *Rivista arb.*, 2001, p. 127 ss.

31 MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma: motivi ed esito*, Milano, 2009, *passim*.

Con riferimento al diverso caso di un eventuale rinvio pregiudiziale conseguente all'intervento dell'autorità nazionale volto a ottenere il riconoscimento o la messa in esecuzione del lodo, l'ordinamento italiano prevede all'art. 825 c.p.c. che l'esecutività del lodo interno sia subordinata a un mero controllo di regolarità formale del medesimo, il che escluderebbe la possibilità di un vaglio di legittimità da parte del giudice, mentre l'art. 839 c.p.c. stabilisce che, in presenza di un lodo straniero, l'autorità giudiziaria possa sindacarne la contrarietà a norme di ordine pubblico.

Quanto all'"assistenza" delle magistrature nazionali, essa è volta a operare in via suppletiva allorché il collegio arbitrale risulti privo dei poteri necessari: si tratta generalmente di intervento in materie quali nomina, sostituzione degli arbitri, acquisizione di prove (es. verifica dell'autenticità di scritture, prelievo di campioni, accesso alla proprietà di terzi), unificazione di procedimenti nonché emanazione di procedimenti cautelari o conservativi (es. prestazioni di garanzia, conservazione dello stato dei luoghi o delle cose)³².

A tal riguardo la Corte di Giustizia auspica che, mediante norme di procedura elaborate all'uopo, gli Stati prevedano strumenti giuridici volti ad assicurare agli arbitri un sostegno nell'applicazione del diritto dell'Unione, consentendo alle parti di rivolgersi ai tribunali nazionali al preciso scopo di indirizzare alla Corte un quesito di diritto; tuttavia ad oggi sono ancora pochi gli Stati membri che si sono dotati di una normativa in tal senso.

Tra le legislazioni nazionali che sembrano consentire un ricorso "indiretto" vi è l'art. 1050 della *Zivilprozessordnung* tedesca (ZPO) la quale prevede che l'arbitro, o una parte con il suo consenso, possa richiedere al tribunale statale assistenza per il compimento di atti che egli non ha il potere di compiere autonomamente³³; quantunque vi sia chi ritenga che la portata di tale norma debba essere limitata alle richieste istruttorie, la dottrina prevalente reputa che il predetto istituto possa essere utilmente adoperato anche per sollecitare il tribunale alla proposizione di una questione pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia³⁴.

Parimenti, con riferimento all'ordinamento olandese, parte della dottrina ritiene che la richiesta arbitrale di rinvio pregiudiziale possa essere

32 BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2008, p. 176 ss.

33 La Section 1050 del *German Arbitration Act*, rubricata nella traduzione inglese «Court assistance in taking evidence and other judicial acts», sancisce che «*The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a court assistance in taking evidence or performance of other judicial acts which the arbitral tribunal is not empowered to carry out. Unless it regards the application as inadmissible, the court shall execute the request according to its rules on taking evidence or other judicial acts. The arbitrators are entitled to participate in any judicial taking of evidence and to ask questions*».

34 WOLFF, *Judicial Assistance by German Courts in Aid of International Arbitration*, in *The American Review of International Arbitration*, 2008, p. 157.

fondata sull'art. 1044 del Codice di procedura civile che consente agli arbitri la richiesta di assistenza al Presidente del Tribunale Distrettuale de L'Aja per l'individuazione del diritto straniero in forza della Convenzione europea nel campo dell'informazione sul diritto estero, conclusa a Londra il 7 giugno 1968 ed entrata in vigore il 17/12/1969³⁵; non vi è tuttavia unanimità circa la possibilità di estendere l'applicazione di tale norma all'accertamento del contenuto di una norma di diritto dell'Unione: se vi è chi ritiene che un'applicazione analogica sia possibile, altri negano tale possibilità per la semplice circostanza che, allo stato, l'Unione europea non è parte dalla Convenzione di Londra³⁶.

L'unico ordinamento in cui pare effettivamente pacifica la possibilità da parte degli arbitri di ricorrere al giudice nazionale in relazione al rinvio pregiudiziale è quello britannico: la *section 45* dell'*Arbitration Act* (1996) d'Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord prevede infatti che, ricorrendo determinate condizioni, una questione di diritto possa essere riferita dall'arbitro a un tribunale nazionale al fine di una pronuncia preliminare³⁷: si

35 L'articolo 1044 del *Code of Civil Procedure*, rubricato nella traduzione inglese «*Request for Information on Foreign Law*», stabilisce che: «1. *The arbitral tribunal may, through the intervention of the President of the District Court at The Hague, ask for information as mentioned in article 3 of the European Convention on Information on Foreign Law, concluded at London, 7 June 1968. The President shall, unless he considers the request to be without merit, send the request without delay to the agency mentioned in article 2 of said Convention and notify the arbitral tribunal thereof. 2. The arbitral tribunal may suspend the proceedings until the day on which it has received the answer to its request for information*».

36 In favore SHELKOPLYAS, *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*, Groningen, 2003, p. 422; *contra* KESSEDJIAN, *Determination and Application of Relevant National and International Law and Rules*, in MISTELIS, LEW, *Pervasive Problems in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2006, *passim*.

37 La *Section 45* dell'*Arbitration Act* (1996), rubricata «*Determination of preliminary point of law*», dispone che «(1) *Unless otherwise agreed by the parties, the court may on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties) determine any question of law arising in the course of the proceedings which the court is satisfied substantially affects the rights of one or more of the parties. An agreement to dispense with reasons for the tribunal's award shall be considered an agreement to exclude the court's jurisdiction under this section. (2) An application under this section shall not be considered unless (a) it is made with the agreement of all the other parties to the proceedings, or (b) it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied (i) that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs, and (ii) that the application was made without delay. (3) The application shall identify the question of law to be determined and, unless made with the agreement of all the other parties to the proceedings, shall state the grounds on which it is said that the question should be decided by the court. (4) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending. (5) Unless the court gives leave, no appeal lies from a decision of the court whether the conditions specified in subsection (2) are met. (6) The decision of the court on the question of law shall be treated as a judgment of the court for the purposes of an appeal. But no appeal lies without the leave of the court which shall not be given unless the court considers that the question is one of general importance, or is one which for some other special reason should*

tratta di un meccanismo utilizzabile dall'arbitro anche per richiedere al tribunale di rimettere una questione rilevante per la soluzione della controversia alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE³⁸.

Nei rimanenti Paesi membri, tra cui l'Italia, non vi è un procedimento analogo per cui ancor oggi l'unica opportunità appare quella di "suggerire" il rinvio pregiudiziale nell'ambito del ricorso al tribunale nazionale in funzione di assistenza su una questione (es. concessione di misure cautelari) che a sua volta presupponga una pronuncia preliminare da parte della Corte di Giustizia.

Si osserva tuttavia come l'utilizzo "mediato" delle magistrature nazionali origini una complessità aggiuntiva determinata dall'intromissione di un terzo soggetto (il giudice nazionale stesso), chiamato a compiere un ulteriore sindacato sulla rilevanza della questione prospettata dagli arbitri, dovendo escludersi che egli abbia l'obbligo di indirizzare alla Corte qualsivoglia questione senza previa valutazione propria³⁹.

6 Obbligo per gli arbitri di osservare il diritto dell'Unione

La Corte di Giustizia nella sentenza Nordsee ha affermato l'importanza che «il diritto comunitario sia interamente osservato nel territorio di tutti gli stati membri» per cui «le parti di un contratto non hanno [...] la facoltà di derogarvi»⁴⁰.

Per i motivi che si andranno ad esporre non pare tuttavia configurabile in capo all'arbitro un dovere generale di applicazione del diritto dell'Unione assimilabile a quello gravante sulle magistrature nazionali.

Anzitutto giova rammentare che l'obbligo di cooperazione con le istituzioni europee è posto dal Trattato unicamente a carico degli Stati membri (art. 4, par. 3, TUE⁴¹): se dunque i tribunali nazionali, in qualità di organi dello Stato, debbono ottemperare agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, ivi incluso l'obbligo di ricorrere alla Corte nei casi prescritti dai

be considered by the Court of Appeal».

38 LEW, MISTELIS, KRÖLL, *op. cit.*, p. 481.

39 BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 810.

40 *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG*, cit., p. I-1411, punto 14.

41 Il Trattato sull'Unione europea, all'art. 4, par. 3, sancisce infatti che «in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».

Trattati, gli arbitri rappresentano un consesso privato che è espressione della volontà negoziale delle parti e dunque privo di doveri diretti nei confronti delle istituzioni europee⁴²: i loro poteri sono conferiti dalle parti e la decisione è pronunciata per conto di queste in forza dell'inserimento nel contratto di una clausola compromissoria con cui, nell'esercizio della libera autonomia privata, i contraenti hanno ritenuto di derogare alla giurisdizione nazionale.

Quantunque indubbiamente l'arbitrato assuma una rilevanza pubblicistica, la sua natura contrattuale non va dimenticata⁴³. Sull'arbitro non può dunque gravare un obbligo generale di far ricorso al diritto dell'Unione se non quando almeno una delle parti ne abbia richiesto espressamente l'applicazione ovvero l'arbitro stesso l'abbia giudicata rilevante per la soluzione del caso in ragione delle circostanze del caso concreto.

Ne consegue logicamente come, in assenza di un intervento pregiudiziale da parte della Corte di Giustizia e limitatamente alle questioni insorte nel corso del procedimento, gli arbitri abbiano il potere (o l'onere) di interpretare *incidenter tantum* il diritto dell'Unione secondo il proprio apprezzamento ovvero quello di disapplicare (*rectius*, di non applicare) le norme di diritto dell'Unione la cui validità appaia loro dubbia.

Ciò comporta senz'altro la possibilità che si formino interpretazioni del diritto dell'Unione non conformi ai dettami giurisprudenziali della Corte di Giustizia, considerato altresì che l'arbitro ha la possibilità di applicare e interpretare il diritto (ivi compreso quello dell'Unione) in modo più flessibile rispetto al giudice statale, fatti salvi i limiti di cui si dirà, ricorrendo, in funzione integrativa o ermeneutica, ai principi generali di diritto, agli usi del commercio e ai precedenti arbitrali, ossia a quei principi che sono stati ricondotti sotto la definizione di nuova *lex mercatoria*⁴⁴.

42 La stessa Corte di Giustizia, nella sentenza Nordsee e, successivamente, in quella Ecoswiss ha qualificato le decisioni dei tribunali arbitrali come sostanzialmente esterne al sistema istituzionale dell'Unione: il punto di congiunzione è dato proprio dal ruolo dei tribunali nazionali eventualmente chiamati a intervenire in funzioni ausiliarie (per questioni procedurali o, come si dirà, per indirizzare l'interpretazione della legge applicabile) o di controllo *ex post* sul lodo (c.d. teoria del *second look*); *contra* Biavati, secondo cui «dopo Maastricht, il sistema comunitario deve essere interpretato, ogniquale volta sia possibile, in modo da riconoscere un rapporto diretto fra gli organi delle Comunità e i cittadini, attribuendo anche a questi ultimi il compito di garantire l'attuazione dell'ordinamento comunitario» (BIAVATI, *op. cit.*, p. 435).

43 Secondo la tesi contrattuale l'arbitrato rappresenta una delle massime espressioni di autonomia privata: il suo elemento caratterizzante è dato dall'accordo delle parti che si manifesta attraverso la stipulazione della clausola compromissoria o del compromesso. A questa si contrappone la teoria giurisdizionale che valorizza il carattere pubblicistico dell'arbitrato e la sua funzione sostitutiva della giurisdizione del giudice ordinario che costituirebbe una sorta di "delegazione di potere" da parte dello Stato, per cui la competenza giurisdizionale dell'arbitro trarrebbe origine dall'ordinamento giuridico nazionale che lo istituisce e che consente a che gli arbitri rendano giustizia, risolvendo la disputa con effetti assimilabili a quelli di una sentenza giudiziale.

44 Per un'analisi approfondita del rapporto tra *lex mercatoria* e arbitrato si rimanda a MAR-

D'altro canto, aderendo alla teoria contrattuale dell'arbitrato, l'applicazione *ex officio* del diritto dell'Unione al di fuori o contro la volontà positivamente manifestata dalle parti potrebbe costituire finanche vizio di ultrapetizione e comportare la nullità del lodo, specialmente laddove il giudizio debba avvenire secondo equità.

La Corte di Giustizia nella sentenza *Ecoswiss* ha peraltro precisato che «le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali rivesta un carattere limitato e che un lodo arbitrale possa essere dichiarato nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in casi eccezionali»⁴⁵: circostanze che dunque ricomprendono non già la violazione di qualsivoglia norma di diritto dell'Unione, ma unicamente i principi inderogabili del cosiddetto "ordine pubblico comunitario"⁴⁶. Quest'ultimo è costituito da quei principi e valori ascrivibili all'ordinamento dell'Unione «indispensabili per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità», ossia volti ad assicurare la protezione di interessi fondamentali relativi al sistema giuridico europeo⁴⁷ e ricomprende sia il cosiddetto "ordine pubblico economico", (composto dalle norme in materia di concorrenza e di libera circolazione), sia i principi fondamentali di carattere generale che hanno ispirato il Trattato (principi di libertà e diritti fondamentali della persona umana).

Il compito dell'arbitro di applicare le norme qualificate come inderogabili dall'ordinamento che governa l'arbitrato, ivi comprese le norme cosiddette di "ordine pubblico comunitario", non deriva come per il giudice dal principio di leale collaborazione (art. 4 TUE), ma dal dovere di rendere un lodo "utile", che espliciti i propri effetti senza il rischio di annullamenti e dinieghi di *exequatur* cagionati dalla mancata o erronea applicazione di una regola imperativa.

Pur considerando che sovente la decisione arbitrale è eseguita volontariamente dalle parti, è ben possibile che ove sia ammessa l'impugnazione per violazione di legge sostanziale il soccombente faccia valere tale motivo di nullità⁴⁸ per cui eventuali interpretazioni "non ortodosse" saranno rettificcate dal giudice nazionale, se necessario con l'ausilio esegetico della Corte di Giustizia⁴⁹. Quest'ultima ha infatti più volte osservato come, considerata

RELLA, *La nuova Lex Mercatoria - Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003.

45 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, cit., p. I-3092, punto 35.

46 FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, *passim*.

47 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, cit., p. I-3093, punto 36.

48 Giova ricordare in proposito che l'art. 5 della Convenzione di New York del 1958 ricomprende la contrarietà all'ordine pubblico tra i motivi che possono giustificare il rifiuto di esecuzione.

49 L'impossibilità per gli arbitri di operare il rinvio pregiudiziale non osta a che il tribunale

l'impossibilità per gli arbitri di avvalersi del rinvio pregiudiziale, i tribunali nazionali, ogni qual volta siano chiamati a intervenire nella procedura arbitrale (ausilio nella procedura, richiesta di riconoscimento o esecuzione, impugnazione del lodo) abbiano l'obbligo di verificare che le norme inderogabili dell'Unione siano correttamente applicate, sanzionando con la nullità decisioni difformi⁵⁰.

Va tuttavia rimarcato come la possibilità che il giudice statale controlli la corretta applicazione del diritto dell'Unione da parte degli arbitri appaia del tutto eventuale in quanto rimessa al contegno processuale delle parti nonché limitata ai casi cui il diritto nazionale ammette tale controllo di merito, con il rischio del formarsi di un giudicato che incorpori una vulnerezza del diritto dell'Unione⁵¹.

7 Una prospettiva alternativa di risoluzione delle incertezze interpretative sul diritto dell'Unione

Come già anticipato, una verosimile contraddizione dell'attuale sistema è rappresentata dalla circostanza per cui, pur essendo gli arbitri privi del principale strumento procedurale atto ad assicurare la corretta interpretazione del diritto dell'Unione, si stia affermando la tesi per cui essi arbitri sarebbero tenuti a dare sempre e comunque applicazione del diritto dell'Unione alla stregua del giudice nazionale⁵².

statale adito in fase di impugnazione del lodo possa avanzare alla Corte un quesito al fine di risolvere la controversia. Si consideri ad esempio il caso *Bulk Oil (Zug) AG v. Sun International Limited e Sun Oil Trading Company* (C-174/84, sent. 18 febbraio 1986 in *Raccolta*, 1986, p. I-576 ss.) in cui la Commercial Court della Queen's Bench Division, avanti alla quale era stato impugnato un lodo arbitrale, sottoponeva un rinvio pregiudiziale alla Corte richiedendo l'interpretazione dell'accordo del 1975 tra la Comunità economica europea e lo Stato d'Israele.

50 Nella sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Comune di Almelo e altri v. Energiebedrijf Ijsselmij NV* (C-393/92, sent. 27 aprile 1994, in *Raccolta*, 1994, p. I-1508 ss.), la stessa ha precisato che «un organo giurisdizionale nazionale, che decide, in un caso previsto dalla legge, su un gravame avverso un lodo arbitrale [...] è pur sempre tenuto, in base ai principi della preminenza e dell'uniforme applicazione del diritto comunitario, combinati con l'art. 5 del Trattato, a rispettare le norme comunitarie, in particolare quelle in materia di concorrenza». Non pare esservi, al contrario, alcun obbligo in capo agli Stati di prevedere che le magistrature nazionali estendano il proprio controllo su ogni violazione dell'ordinamento dell'Unione causata da errata applicazione delle relative norme, indipendentemente dalla loro riconducibilità all'ordine pubblico.

51 BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favore, ostilità o indifferenza?*, cit., p. 111 ss.

52 Oltre al già citato punto 14 della sentenza Nordsee, in dottrina: LEW, MISTELIS, KRÖLL, *op. cit.*, p. 476; RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, *passim.*; STORM, *The Precarious Relationship between the Court of Justice of the European Communities and Arbitration, in Essays on International & Comparative Law in honour of Judge Erades*, The Hague, 1983, p. 146 ss.

Anche a voler considerare il ruolo progressivamente accresciuto dei soggetti privati nell'applicazione del diritto dell'Unione, una prospettiva siffatta, propria della concezione processualista dell'arbitrato che si fonda sull'equiparabilità tra arbitri e giudici togati per analogia funzionale tra le rispettive attività, presuppone necessariamente che l'arbitro sia dotato di idonei strumenti giuridici per interpellare la Corte di Giustizia in condizioni non dissimili a quelle delle magistrature nazionali. Il che tuttavia non corrisponde allo stato del diritto.

Peraltro, ci si permette di dubitare che l'attribuzione di maggiori poteri agli arbitri possa costituire un rimedio potenzialmente efficace: omologare l'arbitro al giudice statale al solo scopo di salvaguardare l'uniforme interpretazione del diritto svilirebbe la natura giuridica dell'istituto arbitrale che è e deve permanere quella, privatistica, dell'espressione della *voluntas partium*.

Ciò considerato, pare dunque opportuno immaginare un metodo alternativo di perseguimento dell'uniformità del diritto dell'Unione, non fondato sul coinvolgimento diretto delle magistrature nazionali o della Corte di Giustizia UE.

Nell'intento di evitare l'implicazione di poteri e autorità pubbliche, le necessità interpretative eventualmente sorte nel procedimento arbitrale, al pari di casi simili in cui si richiedono competenze specifiche di cui gli arbitri non sono provvisti, potrebbero essere ben assolte da consulenti giuridici specializzati. Tali soggetti privati (in ipotesi accademici e professionisti qualificati del settore), in virtù delle proprie competenze specialistiche, sarebbero nelle condizioni di offrire un parere motivato in risposta al quesito commissionato dall'arbitro "indirizzando" l'interpretazione del diritto dell'Unione nel senso auspicato dalla Corte di Giustizia senza tuttavia incorrere nelle implicazioni negative che il ricorso alla magistratura importerebbe; il che garantirebbe speditezza (che l'intervento del giudice nazionale e della Corte non potrebbe assicurare) assicurando nel contempo il permanere della garanzia di riservatezza del procedimento che sarebbe altrimenti pregiudicata.

D'altro canto un meccanismo siffatto comporterebbe il rischio di alimentare interpretazioni tra di loro divergenti in relazione alle difformi opinioni e tradizioni giuridiche dei singoli individui.

Al fine di conseguire una maggior uniformità potrebbe invero essere ipotizzabile l'istituzione di un vero e proprio organo consultivo transnazionale che raggruppi accademici, esperti, arbitri, giuristi provenienti dai diversi Stati membri al fine di dibattere e, su richiesta dei collegi arbitrali, rendere opinioni su questioni dubbie o controverse, promuovendo un'interpretazione del diritto europeo realmente omogenea.

L'arbitro che avesse dubbi di interpretazione o validità in riferimento a una norma di diritto dell'Unione potrebbe dunque indirizzare la propria istanza direttamente al predetto organo, i cui pareri andrebbero resi di-

sponibili mediante pubblicazione onde creare una vera e propria raccolta di precedenti utili alla pronta risoluzione di casi analoghi.

Si tratterebbe per tutta evidenza di un'istituzione avente funzioni meramente consultive, le cui pronunce costituirebbero *soft law* e, come tali, non sarebbero vincolanti per l'arbitro *a quo*; ad ogni buon conto l'autorevolezza dei suoi componenti potrebbe conferire all'organo una certa qual "autorità" inducendo gli arbitri a conformarvisi *sua sponte*: la struttura collegiale sarebbe infatti provvista di un'influenza ben maggiore di quella dei singoli componenti individualmente considerati sia in relazione alla qualità dell'interpretazione che nella sua persuasività, allo stesso modo in cui precedenti giurisprudenziali e dottrina, se autorevoli e concordi, sono suscettibili di influire maggiormente sulle future decisioni dei giudici.

Inoltre la composizione transazionale garantirebbe all'organismo di essere franco da influenze puramente domestiche, impedendo applicazioni differenti a livello regionale le quali, al contrario, sono più probabili nell'azione di singoli individui, di per sé maggiormente influenzabili da tradizioni e sistemi giuridici di provenienza.

In definitiva, sia che si propenda per un'interpretazione demandata ai singoli individui, sia che si prediliga l'istituzione di un organo collegiale, si tratterebbe di soluzioni eminentemente "private" che valorizzerebbero l'origine contrattuale dell'arbitrato, consentendo un congruo compromesso tra un miglior governo delle questioni interpretative di diritto dell'Unione eventualmente insorte nel procedimento arbitrale e la salvaguardia di quei caratteri peculiari che rendono ancor oggi l'arbitrato uno dei mezzi più apprezzati di risoluzione delle controversie commerciali internazionali.