

Libertà delle parti e clausole patologiche nell'arbitrato internazionale

Prof. avv. Aldo FRIGNANI
Frignani & Associati Studio Legale (Torino)

Sommario: I. La formulazione della convenzione arbitrale. II. Le clausole patologiche. 1. Incertezza sulla scelta tra arbitrato e giustizia ordinaria. 2. Le clausole asimmetriche e quelle miste. 3. Clausole insanabili, impraticabili ed in bianco III. Conclusioni.

L'arbitrato si fonda sulla convenzione arbitrale, che deriva dalla comune intenzione delle parti. La libertà delle parti può condurre a buoni come a cattivi risultati.

I. La formulazione della convenzione arbitrale

In via del tutto preliminare la convenzione arbitrale deve perseguire lo scopo di far intendere che le parti vogliono risolvere le loro controversie mediante un tribunale arbitrale e rinunciare ad avvalersi della giustizia dei tribunali ordinari.

Non si sottolineerà mai abbastanza l'importanza che la clausola arbitrale debba essere chiara, non oscura, non in contraddizione al suo interno e non di impossibile implementazione: questi sono i “*peccati capitali*” che devono essere evitati ad ogni costo¹. Chi scorra infatti qualsiasi repertorio di lodi arbitrali o di sentenze dei giudici ordinari aventi ad oggetto l'annullamento di lodi, noterà che la stragrande maggioranza dei problemi in discussione nascono dalla

¹ Craig, Park, Paulsson, *International Chamber of Commercial Arbitration*, 2^a ed., Oceana, N.Y., 1990, 158. *Vid.* anche Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Huntington, 2001; Lew, Mistelis, Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, 154–159. Un prima versione di questo studio può essere reperita in un capitolo dedicato a “*La clausola arbitrale*”, in Frignani, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Cedam, Padova, 2004, 51–57.

formulazione della convenzione arbitrale. Né a prevenire le dispute sul punto specifico è servito molto la predisposizione da parte dei grandi organismi internazionali di arbitrato di clausole arbitrali–tipo, perchè le parti o vi aggiungono o cambiano qualcosa oppure non le utilizzano affatto, senza poi contare l'esigenza che le clausole siano più complete quando si ricorre ad un arbitrato *ad hoc* invece che ad uno pre–organizzato.

La questione delle clausole patologiche è rilevante sotto molteplici profili: per esempio, le parti volevano veramente un arbitrato piuttosto che un tribunale ordinario? Se sì, quale arbitrato, sottoposto a quali regole, con quale sede, ecc.? Lo scopo del presente articolo è di offrire un esame delle problematiche più comuni a riguardo.

II. Le clausole patologiche

Delle clausole “*patologiche*” si discute da oltre trent’anni², durante i quali la “camera degli orrori”³ si è riempita più di un museo, eppure la formulazione ambigua o senza senso o impossibile continua ad occupare pagine e pagine di lodi arbitrali, assorbendo risorse intellettuali di grandi arbitri, risorse sottratte ai profili sostanziali dei lodi stessi. Di questo “bestiario” forniremo qualche esempio.

1. Incertezza sulla scelta tra arbitrato e giustizia ordinaria

Ci sono clausole la cui l’oscurità concerne la scelta delle parti di risolvere le loro controversie attraverso l’arbitrato, scartando la giustizia ordinaria. Giusto per fare qualche esempio saporito: “*In case of dispute [contestation nel testo francese] the parties undertake to submit to arbitration, but in case of litigation the Tribunal de la Seine shall have exclusive jurisdiction*”⁴; oppure: “*Any dispute shall*

² Da quando ne scrisse Eisemann, “La clause d’arbitrage pathologique, in *Commercial Arbitration*”, *Essays in memoriam Eugenio Minoli*, Modena, 1974, 129; B. Davis, “Pathological Clauses. Frederic Eisemann’s still Vital Criteria”, *Arb. Int’l*, vol. 7, 1991, p. 365; Hochbaum, “Missglückte Internationale Schiedsvereinbarungen”, *Recht und Wirtschaft*, 1995, p. 57.

³ Così Fouchard, Gaillard, Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1999, 262, nota 101.

⁴ *Tribunal de Grande Instance de Paris*, 1 febbraio 1979, *Techniques de l’Ingénieur c. Sofel*, che ha negato validità alla clausola compromissoria: *Rev. arb.*, 1980, p. 97 e le osservazioni di Fouchard, in *Rev. arb.*, 1979, 339. L’ambiguità di simile clausola è sottoli-

*be solved by arbitration, but if the parties do not agree on the award, the Tribunal of Tunis shall be competent*⁵.

Non possiamo rimanere nel limbo: “*if the arbitration clause does not exclude recourse to the jurisdiction of the ordinary courts, one simply can not rely on the arbitration agreement*”⁶. In questo senso una clausola che affermava: “*Le parti possono deferire ad arbitrato le loro dispute*” è stata ritenuta inefficace⁷.

Analoghi dubbi su una corretta interpretazione derivano da una clausola di ricorso all'arbitrato o alla giustizia ordinaria in via alternativa. In alcuni ordinamenti essa è stata giudicata valida, purché la scelta sia fatta al momento dell'insorgere della controversia, sia irreversibile e sia riconosciuta ad ambedue le parti⁸ e sia *binding* per l'altra parte, mentre per i giudici inglesi essa non sarebbe valida⁹.

Diverso è invece il discorso per le clausole che prevedono l'appello ai giudici ordinari contro il lodo arbitrale... Sul punto le giurisdizioni si dividono. In Germania, i tribunali hanno stabilito che tali clausole sono nulle perché la funzione dell'arbitrato è di risolvere le questioni ad esso sottoposte in maniera esclusiva¹⁰. In Francia, nel famoso caso de *Disen / Mendes*¹¹, la Corte d'appello, con sentenza 27 ottobre 1994, aveva dichiarato che la possibilità di un appello di fronte ai giudici contro il lodo era nulla a causa della natura imperativa delle norme sull'organizzazione giudiziaria. Nel 1995 una situazione simile fu definita in modo opposto dai giudici americani: nel caso *Lapine*¹² le

neata anche da Rubino-Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice*, Kluwer, 2001, p. 216.

⁵ Di questo esempio sono debitore alla cortesia del Prof. Habib Malouche, Presidente del Mediterranean Arbitration Council.

⁶ Così Craig, Park, Paulsson, *cit.*, p. 158.

⁷ In Francia, Cass. I° civ. 15 ottobre 1996, *Calberson c. Schenker*, *Rev. arb.*, 1998, p. 409, con nota di Malinvaud.

⁸ Cf. Bortolotti, *Manuale di diritto commerciale internazionale, Il Diritto dei contratti internazionali*, 2° ed., Padova, 2001, p. 360.

⁹ Perché sottrarrebbero al giudice inglese, senza consentirgli la valutazione discrezionale dei limiti della propria giurisdizione, questioni sottoposte ad arbitrato ed altre eventualmente decise da giudici stranieri: High Court, *Queen's Bench Div.* 10 giugno 1982, *Ernest Fowler v. Merrill Lynch Pierce*, in *Yearbook*, 1985, 499.

¹⁰ Questione risolta da *LG Heidelberg* 23 ottobre 1972 e *OLG Karlsruhe* 13 marzo 1973, in Gaja, *New York Convention*, V, n. 52.

¹¹ In *Rev. arb.*, 1995, p. 263, con nota di Level.

¹² *Lapine Tech. Corp. / Kyocera Corp.*, 130 F.3d 884 (9th Circ.): su di esso le osservazioni di Schwartz, *Choosing Between Broad Clauses and Detailed Blueprints*, in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (a cura di Van den Berg), 1999, p. 105.

parti, dopo aver convenuto per un arbitrato CCI a San Francisco, avevano altresì stipulato che le corti federali della California “*may enter judgment upon any award, either by confirming the award or by vacating, modifying or correcting the award...where the arbitrators’ findings of fact are not supported by substantial evidence or...where the arbitrators’ conclusions of law are erroneous*”. La Corte d’Appello del 9° circuito riformò la sentenza della *District Court*, facendo prevalere la volontà delle parti sul sistema del judicial review posto in essere dal Federal Arbitration Act¹³. Personalmente credo che, se la volontà delle parti è quella di ricorrere alla giustizia ordinaria come organo di appello contro un lodo arbitrale, ciò non viola alcun principio di diritto e deve essere considerato valido.

2. *Le clausole asimmetriche e quelle miste.*

Per proseguire la rassegna delle clausole patologiche, un accenno poi deve essere fatto alle clausole che prevedono il ricorso all’arbitrato come opzione spettante al ricorrente o, il che è peggio ancora, al resistente¹⁴. Le clausole arbitrali ad opzione delle parti sono ritenute, seppure con dubbi, valide dalla giurisprudenza italiana¹⁵, benché sia consentito osservare che più che di libertà delle parti esse sono indice di uno strapotere di una parte sull’altra, non fosse altro perché con questo mezzo una parte può comunque paralizzare qualsiasi legittima (*ex ante*) iniziativa dell’altra parte. In Francia la Cassazione ha ritenuto valida la clausola perché significa rinuncia al diritto di ciascuna parte di essere giudicata dai giudici, in favore del giudizio arbitrale¹⁶, mentre in Germania una clausola che conferiva tale opzione alla parte che l’aveva predisposta è stata ritenuta inefficace,

¹³ *Vid.* anche il commento della B. Turck, in 1 *Int’l Arb. L. Rev.*, 1998, p. 127.

¹⁴ *Sole option o asymmetrical clauses*, come le chiama Friedland, *cit.* (nt. 7), ch. 10.11.

¹⁵ Si veda per tutte Cass. 19 ottobre 1960, *Chiappinelli / Ressa*, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1897, la quale ribadisce che “*Deve ritenersi valida la clausola compromissoria unilateralmente obbligatoria, con la quale le parti convengono che una di esse rimane vincolata alla propria dichiarazione, di adire il giudizio arbitrale, mentre l’altra ha la facoltà di dar vita al negozio di compromesso (o di rifiutarsi ad esso) accettando o meno di adire detto giudizio*”. Nello stesso senso Cass. 22 ottobre 1970, *Astengo I. Comune di Genova*, in *Mass. Giur. it.*, 1970, 846.

¹⁶ Cass. I° civ., 15 maggio 1974, *Sicaly c. Grasso Stacon Fabrikeni*, in *Bull. civ.*, I, n. 143 (che conferma App. Angers, in *Rev. arb.* 1973, 164).

ma per violazione della legge sulle clausole onerose del 1977 e non perché contraria ai principi dell'arbitrato¹⁷.

Fonte di gravi inconvenienti è pure la clausola per cui, se ricorrente è il venditore, l'arbitrato sarà amministrato e si svolgerà presso un organismo arbitrale del suo Stato; se ricorrente è l'acquirente, presso un organismo arbitrale del proprio Stato. Il rischio è di avere due procedimenti, con due lodi potenzialmente divergenti per questioni che sorgono dal medesimo contratto e che devono essere ambedue riconosciuti per la Convenzione di New York¹⁸.

Le clausole “*combine o miste*” che si riferiscono sia alla giurisdizione arbitrale che a quella dei giudici ordinari creano difficoltà nello scoprire le reali intenzioni delle parti. Si nota in proposito un generale tentativo di “*salvataggio*” che si basa su di un ragionamento *a contrario*, e cioè che, se le parti non avessero desiderato risolvere le dispute tramite arbitrato, non avrebbero neppure menzionato tale possibilità¹⁹. Questo argomento non è per nulla convincente perché si ritiene comunemente che una clausola arbitrale abbia necessariamente due aspetti: uno positivo come scelta della giurisdizione arbitrale e l'altro negativo come rinuncia alla giustizia ordinaria.

Ma, anche se le clausole combinate fossero considerate valide e applicabili, il conflitto tra arbitri e giudici ordinari può sorgere: in alcuni ordinamenti il conflitto viene risolto dando alla clausola (o a parte di essa) che si riferisce alle Corti ordinarie un valore “*residuale*”, attribuendo alla stessa significato o di scelta di competenza territoriale²⁰ o di giurisdizione su questioni per le quali gli arbitri sono

¹⁷ BGH 10 ottobre 1991, *seller v. buyer*, in *Yearbook*, 1994, 200.

¹⁸ Come ha deciso App. Milano 2 luglio 1999, *Tema-Frugoli s.p.a./ Hubei Space Quarry Industry Co. Ltd.*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 753, con nota di Muroni.

¹⁹ Sono le parole del TGI di Parigi 1 febbraio 1979, *Techniques de l'Ingénieur / Sofel*, in *Rev. arb.*, 1980, p. 97, confermate da App. Parigi 16 ottobre 1979, in *Rev. arb.*, 1980, 101.

²⁰ App. Parigi 29 novembre 1991, *Distribution Chardonnet / Fiat Auto France*, in *Rev. arb.*, 1993, p. 617, dove le parti nel contratto avevano stabilito che, in caso di disputa, erano competenti i tribunali di Parigi, seguita da una clausola che conferiva giurisdizione agli arbitri in caso di disputa riguardante l'interpretazione o l'esecuzione del presente contratto. La soluzione dei giudici francesi, che salva capra e cavoli, mi pare però criticabile: la clausola era inefficace perché non rivelava con sufficiente sicurezza la volontà delle parti di derogare alla giurisdizione ordinaria a favore dell'arbitrato.

incompetenti²¹ o per risolvere incidenti processuali sorti durante l'arbitrato²².

Sebbene questi ragionamenti siano davvero molto ingegnosi, qualche volta essi non tengono nel dovuto conto la reale intenzione delle parti.

3. *Clausole insanabili, impraticabili ed in bianco*

Un'altra categoria di clausole patologiche comprende quelle nelle quali l'intenzione delle parti di scegliere l'arbitrato, escludendo pertanto i tribunali della giurisdizione ordinaria, è chiara e indiscutibile, ma contengono alcuni difetti che le rendono insanabili o impraticabili o sanabili, ma al caro prezzo di forzare la volontà delle parti.

a) L'esempio più clamoroso consiste nell'indicazione di istituzioni arbitrali che non esistono o hanno cessato di esistere²³ o non sono chiaramente individuate o individuabili.

i) In una clausola si era fatto riferimento ad un tribunale arbitrale di una (inesistente) Camera di commercio tedesco-olandese²⁴; in un'altra ad una "Commissione Arbitrale in Svizzera"²⁵ la cui indicazione era troppo vaga per poter essere identificata tra le numerose istituzioni arbitrali di quel Paese.

ii) Altre volte solo la interpretazione *in favorem validitatis* (benché formalmente negata dagli arbitri) ha consentito di salvare clausole

²¹ In Francia Cass. 26 novembre 1997, *Brigif / ITM Entreprises*, in *Rev. arb.*, 1977, 544. Clausole di questo tipo (non infrequenti nei contratti di licenza di beni di proprietà intellettuale), se ben fatte, non destano preoccupazione.

²² Per un precedente inglese *vid. l'High Court* del 1991, *Paul Smith / H. & S International Holding*, in *Yearbook*, 1994, 725.

²³ *Vid. il BGH* 20 gennaio 1994, in *Neue Jur. Woch.*, 1994, 1008 che ha ritenuto priva di efficacia una clausola che si riferiva alla Corte di arbitrato della Camera del Commercio estero della Repubblica Democratica Tedesca, che aveva cessato di esistere. Un decisione in senso contrario fu presa dall'OGH austriaco che con decisione del 30 novembre 1994, in *Yearbook*, 1997, 628, considerò la *Corte di Arbitrato presso la Camera di Commercio e dell'Industria della Federazione Russa*, allora appena formata, come erede legittima della *Corte di Arbitrato dell'U.R.S.S.*

²⁴ Clausola ritenuta inefficace da LG Heidelberg 23 ottobre 1972 confermata da OLG Karlsruhe, *German manufacturer / Deutsch Distributor*, 13 marzo 1973, in *Yearbook*, 1977, 239.

²⁵ Camera di Commercio di Zurigo, lodo n. 287/95 del 25 marzo 1996, in *Bull. ASA*, 1996, 290.

molto equivoche: si veda, ad esempio, “*arbitrato della CCI di Ginevra*²⁶ o di Zurigo²⁷ o di Vienna²⁸”: benchè la sede della CCI sia solo a Parigi, gli arbitri hanno ritenuto che fosse volontà delle parti sottoporsi al regolamento CCI, indicando tali città solo come sede del singolo arbitrato.

iii) Usando lo stesso criterio interpretativo, si è salvata la clausola “*sezione internazionale della Camera di Commercio di Parigi*”, intendendola come riferita alla CCI, in quanto la Camera di Commercio di Parigi non ha una sezione internazionale²⁹. Ma in un altro caso in cui la clausola recitava “*the arbitration shall be exercised according to the standards of the Commercial Arbitration Society of the State of New York or alternatively by the corresponding Italian body*”, il Consiglio arbitrale della Camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano ha dichiarato inammissibile tale richiesta perché a New York tale Commercial Arbitration Society non esiste³⁰.

iv) Il riferimento a “*The Italy Commercial Arbitration Association*” è stato letto in favore dell’Associazione Italiana dell’Arbitrato³¹.

v) In una decisione emessa nel 1990 la clausola “*Arbitration Court of the Chamber of Commerce in Venice*” è stata intesa come riferimento ad un arbitrato CCI con sede a Venezia³²; la correttezza di tale decisione può essere messa in dubbio perché è difficile trovare nella clausola un qualunque riferimento all’arbitrato della CCI. Inoltre, tale decisione oggi sarebbe errata, dopo che la Camera di Commercio di Venezia ha istituito nel 1998 la propria Camera arbitrale con il suo regolamento³³.

vi) L’indicazione nella stessa clausola di due istituzioni arbitrali diverse, senza specificare i criteri di scelta tra l’una e l’altra, dovrebbe

²⁶ Ginevra: fra le molte, lodo CCI n. 5983 del 31 ottobre 1989, in *Bull. ASA*, 1996, p. 290.

²⁷ Zurigo: lodo CCI n. 5294 del 1988, in *Yearbook*, 1989, p. 137.

²⁸ Vienna: *OLG Dresden*, 5 dicembre 1994, in *Yearbook*, 1997, 266; Altri numerosi precedenti sono riportati da Fouchard, Gaillard, Goldman, *cit.* (nt. 9), 264, nota 113.

²⁹ Lodo CCI n. 5103 del 1988, in *Clunet*, 1988, 1206 con nota di Aguilar Álvarez. Tuttavia qualche giudice è stato di contrario avviso: Corte cantonale del Vaud, 30 marzo 1993, *Nokia / Mazzer*, in *Bull. ASA*, 1995, 64, nota critica di Poudret.

³⁰ Questo caso è riportato in Azzali, Roncarolo nel capitolo relativo alla *Risoluzione delle controversie e arbitrato*, in *I contratti di acquisizione di società ed aziende*, Milan, 2007, p. 663.

³¹ Lodo AIA n. 41/92 del 1993, in *Yearbook*, 1997, 178.

³² *Tennessee Imp v. Filippi*, 745 F. Suppl. 1314 (M.D. Tenn. 1990), in *Yearbook*, 1992, p. 620.

³³ Vedilo su: *Riv. arb.*, 1999, p. 619.

essere nulla³⁴. La Cass. francese ha dovuto esaminare una clausola che aveva indicato due istituzioni diverse: nel I° paragrafo l'Association Française de l'Arbitrage, nel II° paragrafo la CCI di Parigi. Dimostrando ancora una volta l'attaccamento al principio secondo il quale per aversi *nullité* bisogna che si tratti di una *inapplicabilité manifeste* una clausola simile è stata considerata come una difficoltà su come formare il tribunale arbitrale, questione su cui il Presidente del *Tribunal de Grande Instance* di Parigi è competente³⁵

vii) Nulla dovrebbe essere anche la clausola che conferisce la funzione arbitrale (decisoria) ad un ente e non a persona o persone fisiche³⁶

b) Si distinguono poi le clausole "in bianco" che non contengono alcuna indicazione, né diretta, né facendo riferimento a regolamenti arbitrali o a istituzioni arbitrali, che consenta di nominare gli arbitri. In molte legislazioni nazionali simili clausole sono inefficaci³⁷.

Nella prassi degli arbitrati internazionali le soluzioni sono diverse. In Francia, mentre secondo la legge nazionale la clausola che non disciplini, direttamente o indirettamente, la nomina degli arbitri è inefficace, nel caso di arbitrato internazionale le corti tendono a considerare valide le clausole in bianco riconoscendo al presidente del *Tribunal de Grande Instance* il potere di risolvere il problema della composizione del tribunale arbitrale³⁸.

³⁴ Anche se in Austria l'*Oberster Gerichtshof*, con sentenza 14 luglio 1990 (riportata da Gaja, *New York Convention*, V, p. 324), l'ha considerata valida nel senso che attribuiva a ciascuna parte la facoltà di scelta tra l'una e l'altra istituzione arbitrale. L'argomento non ci sembra convincente poiché la decisione dell'attore era vincolante per il convenuto. :

³⁵ Cass. civ., 20 febbraio, 2007, *UOP NV / BP France*, in *Cahiers de l'arbitrage*, 2007, 1, p. 45. (ma Train nel suo commento nella *Rev. arb.*, osserva che o si dovevano annullare a vicenda le due scelte dandosi luogo ad un arbitrato ad hoc, oppure doveva prevalere la prima istituzione adita da una delle parti).

³⁶ Per un precedente italiano *vid.* Cass. civ. 5.11.1999, n. 12336, *Brunelli / Cunial* in *Giust. civ.*, 2000, I, 1439, che ha così affermato: "Poiché nell'arbitrato rituale gli arbitri devono essere persone fisiche, è nulla, per assoluta indeterminatezza delle persone degli arbitri, la clausola compromissoria che preveda il conferimento delle funzioni arbitrali a una persona giuridica o a un'associazione di fatto (nella specie la clausola letteralmente disponeva: "in caso di controversia la stessa dovrà essere deferita alle rispettive organizzazioni di categoria con funzioni di arbitro, le quali nomineranno il terzo arbitro scegliendolo nell'albo degli avvocati della provincia di. Nel loro disaccordo vi provvederà, con il medesimo criterio, il presidente del tribunale di...").

³⁷ In Italia si veda l'art. 809.2 cod. proc. civ. ed in Francia l'art. 1443.2 del nuovo cod. proc. civ.

³⁸ Si vedano la giurisprudenza e la dottrina citate in Fouchard, Gaillard, Goldman, *cit.*, p. 267.

Comunque, clausole come “*Arbitrato a Londra*” oppure “*Arbitrato a Parigi*” sono state ritenute indicazioni insufficienti per determinare l’organismo cui le parti intendevano riferirsi, allo stesso modo come è stato ritenuto troppo vago il riferimento alla “*London Arbitral Chamber*”³⁹.

c) Patologiche ed insanabili sono infine le convenzioni arbitrali che è impossibile mettere in pratica. Gli esempi sono numerosi: scelta di un organismo o di una persona come *appointing authority* che, in conformità alle disposizioni statutarie, non possa farlo o non voglia essere coinvolta in tali compiti⁴⁰; l’indicazione di un arbitro che sia morto o divenuto incapace (per qualunque ragione: per infermità mentale o per inabilitazione) prima del sorgere della controversia⁴¹. Un esempio sbalorditivo è il seguente: in un contratto tra un’impresa italiana ed una siriana la clausola diceva: “*Qualunque controversia derivante...sarà decisa da un arbitro unico...l’arbitro dovrà essere un esperto di diritto svizzero e di produzione di pane arabo*”. La Corte arbitrale non ebbe alcuna difficoltà a trovare un esperto di diritto svizzero, ma nessuno che fosse allo stesso tempo esperto di produzione di pane arabo, cosicché la richiesta di arbitrato fu respinta perché la clausola non poteva essere messa in opera⁴².

Un altro esempio di patologia che difficilmente può essere sanata è rappresentato da una clausola che stabilisca un collegio arbitrale di più arbitri, quando le parti litiganti sono più di due con interessi in conflitto l’uno con l’altro (e non riconducibili ad un c.d. “sistema binario”)⁴³. Si tratta allora di un arbitrato multiparti che fuoriesce dai limiti di questo studio⁴⁴.

³⁹ App. Versailles 3 ottobre 1991, *Capital Rice / Michel Come*, in *Rev. arb.*, 1992, p. 654.

⁴⁰ Nel caso deciso dal Trib. Federale Svizzero il 16 aprile 1984, in *Rev. arb.*, 1986, p. 596, le parti avevano indicato come “*appointing authority*” il Direttore Generale della *World Health Organization*, ma questi aveva rifiutato. Con una decisione che non sfugge a critica i giudici avevano convalidato la nomina effettuata, in sua vece dalla CCI.

⁴¹ La clausola, valida ed applicabile al momento in cui fu stipulata, diventa successivamente inapplicabile nel momento in cui l’evento morte o incapacità si verifica.

⁴² Il caso mi è stato riferito dal prof. Habib Malouche.

⁴³ Per l’Italia il problema è ora risolto dall’art. 816-*quater*: cf. B. Barbieri, *Il nuovo diritto dell’arbitrato*, Padova, 2007, pp. 117 ss.

⁴⁴ Sul punto si vid. Frignani, *L’arbitrato commerciale internazionale*, cit., pp. 189–198.

Infine in moltissimi Paesi al di fuori dell'Inghilterra sarebbe nulla una clausola che prefigura un procedimento arbitrale sulla falsariga dell'*umpire*⁴⁵

d) Ci sono clausole considerate patologiche perché prevedono delle condizioni irrealizzabili per il procedimento arbitrale: l'esempio più diffuso è l'imposizione di un termine per dare inizio all'arbitrato che sia impossibile rispettare⁴⁶, senza facoltà di proroga⁴⁷, ma c'è anche quello dei termini non prorogabili manifestamente insufficienti tenuto conto delle circostanze del caso. E' ampiamente riconosciuto che l'imporre una scadenza per la pronuncia del lodo non solo è perfettamente valido, ma può essere considerato anche saggio perché finalizzato a velocizzare il giudizio arbitrale ed a costringere gli arbitri a non perdere tempo. Ma, d'altro canto, può succedere che le parti non abbiano informazioni adeguate per fare una valutazione realistica del tempo necessario per ottenere un lodo sulla loro disputa. Poiché l'accordo delle parti deve essere rispettato, gli arbitri non hanno il potere di estendere la *deadline* fissata dalle parti. Per evitare che la clausola perda efficacia per il mancato rispetto del termine, gli arbitri dovranno ottenere dalle parti una proroga del termine, oppure sottoporre la questione alla competente istituzione arbitrale, che, in conformità al proprio regolamento, potrà concedere una tale estensione.

⁴⁵ Per Cass. civ., 26/10/1981, n.5599, *Cianfrini / Assicarlotta Ass.*, in *Mass.giur.it* 1981" è nulla, ai sensi dell'art. 809 c. p. c., e, come tale, inidonea a sottrarre la controversia al giudice, la clausola compromissoria che affidi la soluzione di possibili controversie a due arbitri e preveda la nomina di un terzo arbitro, da parte degli arbitri già nominati, unicamente in via del tutto eventuale e subordinata, per il caso di discordanza di questi ultimi nel giudizio da emettere"

⁴⁶ Che può essere troppo breve in considerazione del tempo necessario a costituire il collegio arbitrale o ad assumere le prove, ecc.

⁴⁷ Il lodo parziale Milano 17 aprile 2000, *committente c. appaltatore* (Pres. avv. Bonomo, coarbitri prof. Frignani e avv. Pinotti), inedito, ha preso in considerazione una clausola compromissoria in cui era stato stabilito che il "il collegio, al quale le parti potranno adire anche durante il corso dei lavori o al massimo entro 60 giorni a datare dalla accettazione definitiva, sarà composto da tre arbitri dei quali due nominati dalle parti, uno per ciascuna, con comunicazione scritta prima dell'inizio dei lavori": sul punto, una parte aveva eccepito che il Collegio non sarebbe stato validamente costituito in quanto l'altra parte aveva nominato il proprio arbitro a fine lavori. Il Collegio ha distinto il momento di insorgenza di una divergenza "durante il corso dei lavori" da quello relativo all'insorgere di una controversia successivamente alla firma del contratto, evidenziando che la stessa clausola prevedeva la possibilità di nomina sino a "60 giorni dall'accettazione definitiva": peraltro, tale interpretazione, ad avviso del Collegio, trovava pure conferma nella corrispondenza intercorsa successivamente alla stipula del contratto e alla nascita della controversia, ove le parti avevano manifestato la comune intenzione di valersi della clausola e quindi di ritenere la clausola stessa valida ed efficace.

Degno di nota è una peculiarità dell'ordinamento francese, dove negli arbitrati internazionali con sede in Francia i tribunali francesi possono, su richiesta degli arbitri, estendere il termine, applicando l'art. 1493.2 o l'art. 1456.2 cod. proc. civ.⁴⁸. Ivi viene in gioco anche l'art.1458 secondo il quale il *juge d'appui* ha il potere di interpretare la clausola.

Ora questo potere è stato riconosciuto anche ai tribunali italiani ai sensi del nuovo art. 820, comma 3, c.p.c. (come riformato nel 2006).

III. Conclusioni

La precedente breve rassegna dimostra che, mentre i lodi arbitrali tendono ad interpretare clausole dubbie o oscure in favore di una loro efficacia, a volte attraverso ingegnosi, seppure criticabili argomenti⁴⁹, i giudici nazionali (ad eccezione della Francia) hanno una opinione opposta; ancora gelosi del loro monopolio della giustizia, nel caso di dubbi sulla reale volontà delle parti di sottrarsi alla giurisdizione ordinaria, essi negano la validità della clausola arbitrale⁵⁰.

Nel discutere sulle clausole patologiche la dottrina ha a lungo dibattuto se gli arbitri, nella loro ricerca di scoprire la reale intenzione delle parti, debbano fare riferimento al principio di interpretazione restrittiva ovvero a quello di interpretazione *in favor validitatis*. Questo approccio è in qualche misura fuorviante perché gli arbitri o i giudici sono obbligati ad una analisi composta da due fasi che si succedono tra loro: prima di tutto, la domanda è se le parti hanno voluto l'arbitrato e se, allo stesso tempo, intendevano rinunciare alla giurisdizione dei giudici ordinari; in secondo luogo (e solo in caso di risposta affermativa), nel caso in cui la clausola arbitrale sia dubbia per quanto riguarda l'istituzione arbitrale competente, la nomina degli arbitri, la sede dell'arbitrato, ecc., la domanda è se la clausola arbitrale debba essere interpretata secondo i criteri dell'interpretazione dei contratti, i quali costituiscono un'eredità

⁴⁸ Vid. TGI di Parigi 6 luglio 1990, *Irridelco Int'l Corp. / Marcel Sebin*, in *Rev. arb.*, 1994, p. 538 con commento di Fouchard.

⁴⁹ Su questo punto concordo con le osservazioni ed i suggerimenti di Derains / Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Kluwer, 1998, pp. 89-92.

⁵⁰ Per un sorprendente precedente vedi Presidente del Tribunale di primo grado di Parigi 10 gennaio 1996, *National Iranian Oil Co / Israel*, in *Bull ASA*, 1996, p. 319 in cui una clausola "*ICC in Paris*" è stata ritenuta insufficiente per definire la sede dell'arbitrato in Parigi.

comune nell'ambito del diritto del commercio internazionale; e cioè "*Contract terms shall be interpreted so as to give effect to all the terms rather than to deprive some of them of effect*"⁵¹.

Per concludere, la redazione chiara e accurata di una clausola arbitrale è uno dei primi compiti per avvocati e consulenti⁵² i quali mai dovrebbero dimenticare che scrivere una clausola patologica equivale a "*fueling the arguments of the party attempting to avoid arbitration and making the overall process more time-consuming and expensive*"⁵³.

E' ancora valido ciò che Craig, Park, Paulsson scrivevano alcuni anni fa e cioè "*There is an astonishing contrast between the degree of sophistication reflected in the substance of some voluminous international contracts, prepared by highly competent and resourceful personnel, and the primitiveness of the error to be found in the arbitral clause*"⁵⁴.

RESUMEN: Mientras los laudos arbitrales tienden a interpretar cláusulas dudosas u oscuras en favor de su eficacia, a veces con ingeniosos, aunque criticables argumentos, los jueces nacionales, a excepción de Francia, tienen una opinión contraria; todavía celosos de su monopolio de la justicia, en caso de dudas sobre la voluntad real de las partes de sustraerse a la jurisdicción ordinaria, niegan la validez de la cláusula arbitral. Por esta razón la redacción clara y esmerada de una cláusula arbitral es una de las primeras tareas para abogados y consultores que no deberían olvidar que redactar una cláusula patológica equivale a "*fueling the arguments of the party attempting to avoid arbitration and making the overall process more time-consuming and expensive*".

La doctrina debate si los árbitros enfrentados a cláusulas arbitrales patológicas deben, para descubrir la verdadera intención de las partes, atender a interpretaciones restrictivas o al *favor validitatis*. Sea el árbitro o el juez el intérprete de estas cláusulas, estará obligado a un análisis en dos fases sucesivas. Primero, averiguar si las partes han querido el arbitraje renunciando a la jurisdicción del juez ordinario. Si esta respuesta es afirmativa, en segundo lugar debe interpretar la cláusula siguiendo los criterios interpretativos del propio contrato ya que "*Contract terms shall be interpreted so as to give effect to all the terms rather than to deprive some of them of effect*".

PALABRAS CLAVE: ACUERDO DE ARBITRAJE - CLÁUSULA ARBITRAL PATOLÓGICA - CONTRATO - *FAVOR VALIDITATIS* - INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA.

⁵¹ Art. 4.5 of the *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 2004. La stessa regola, chiamata "*favor negotii*", si trova anche all'Art. 5:106 dei *Principles of European Contracts (PECL)*.

⁵² S. Bond, *How to Draft an Arbitration Clause*, in 6 *J. Int'l Arb.*, 1989, p. 65; Gelinas, *Arbitration Clause: Achieving Effectiveness*, in ICCA Congress n. 9, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements*, cit., 199, p. 47.

⁵³ Fouchard, Gaillard, Goldman, cit., p. 263.

⁵⁴ Craig, park, paulsson, *International Chamber of Commercial Arbitration*, cit., p. 158.

SUMMARY: While arbitral tribunals often interpret dubious arbitration clauses in favour of their validity resorting to ingenious, though many times censurable arguments, national judges, with French exception, have the contrary view. Still jealous of their justice's monopoly, when in doubt of parties will they deny the arbitral clause validity. That is why the clear and neatly written clause is one of the primary tasks for lawyers and consultants that should not forget that writing a pathologic clause amounts to fueling the arguments of the party attempting to avoid arbitration and making the overall process more time-consuming and expensive.

Doctrine debates on whether arbiters facing pathologic arbitral clauses should resort to restrictive interpretations or to favour validitatis when investigating the parties intention. Be it the arbiter or the judge the interpreter of these clauses, he shall be obliged to a two phase analysis. Firstly, they should find out if the parties wanted arbitration renouncing to ordinary jurisdiction. If the answer is positive, secondly, they should interpret the clause following the interpretative criteria of the contract itself because contract terms shall be interpreted so as to give effect to all the terms rather than to deprive some of them of effect.

KEY WORDS: ARBITRATION AGREEMENT - PATHOLOGIC ARBITRATION CLAUSE – CONTRACT - FAVOR VALIDITATIS, RESTRICTIVE INTERPRETATION