



ASSOCIAZIONE
ITALIANA
PER L'ARBITRATO

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

RIVISTA DELL'ARBITRATO

direttore Elio Fazzalari

INDICI ANNATA 2003

GIUFFRÈ EDITORE

INDICE

DOTTRINA

ANDREA GIARDINA, <i>L'ambito di applicazione della nuova disciplina dell'arbitrato societario</i>	233
CLAUDIO CONSOLO, <i>Sul « campo » dissodato della compromettibilità in arbitri</i>	241
ANDREA CARLEVARIS, <i>Tutela cautelare « pre-arbitrale »: natura del procedimento e della decisione</i>	259

GIURISPRUDENZA ORDINARIA

I) Italiana

Sentenze annotate:

Cass. 3 ottobre 2002, n. 14182, con nota di C. CECCHIELLA, <i>Sul regime del vizio di costituzione dell'arbitro nell'arbitrato delle oo.pp.</i>	293
Cass. 14 febbraio 2003, n. 2211, con nota di A. FUSILLO, <i>L'impugnazione del lodo per mancanza della motivazione e per contraddittorietà di disposizioni</i>	305
Cass. 19 febbraio 2003, n. 2472, con nota di S. IZZO, <i>Omessa formulazione dei quesiti e rituale proposizione della domanda di arbitrato</i>	317
Trib. Lucca 23 dicembre 2002	333
Trib. Padova 8 giugno 2003, con nota di S. BALDI, <i>Sul potere del presidente del tribunale di interpretare la clausola compromissoria in sede di ricusazione</i>	333

II) Straniera

Sentenze annotate:

Francia - Cour d'Appel de Paris, 29 aprile 2003	343
Stati Uniti d'America - United States District Court, S.D. California, sentenza del 7 dicembre 1998, n. 98-1165-B con nota di F. MARELLA, <i>Sull'exequatur di lodi arbitrali stranieri emanati secondo i Principi Unidroit</i>	345

GIURISPRUDENZA ARBITRALE

I) Italiana

Lodi annotati:

Collegio arbitrale 5 settembre 2002 (Roma), con nota di A. LIPPONI, *In tema di validità della clausola compromissoria* 359

II) Internazionale e straniera

Lodi annotati:

Tiers Statuant en Référé, caso n. 11904, 15 maggio 2002 365

RASSEGNE E COMMENTI

ALBERTO VILLA, *Arbitrato e contumacia* 375

DOTTRINA

L'ambito di applicazione della nuova disciplina dell'arbitrato societario (*)

ANDREA GIARDINA (**)

1. Premessa. — 2. Le disposizioni in tema di arbitrato societario nel D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 ed il loro ambito di applicazione nello spazio. — 3. Le alternative possibili. — 4. L'applicazione della disciplina alle società costituite in Italia. — 5. L'applicazione della disciplina agli arbitrati con sede in Italia. — 6. *Segue*: la tutela cautelare; la sostanziale eliminazione in materia societaria del regime speciale per arbitrato internazionale. — 7. Conclusioni: la nuova disciplina non si applica alle società costituite all'estero e, per le società costituite in Italia, in caso di scelta di arbitrato all'estero.

1. L'arbitrato in materia societaria è stato da sempre oggetto di delicato e difficile approfondimento. Non è questa la sede per ripercorrere le evoluzioni di dottrina e giurisprudenza al riguardo, e per approfondire nei dettagli il tema dei limiti di arbitrabilità delle controversie societarie. Basti qui ricordare che nell'applicazione degli artt. 806 e 808 c.p.c. vengono generalmente ritenute arbitrabili le controversie relative ai diritti disponibili dei soci considerando invece inarbitrabili quelle controversie coinvolgenti situazioni di portata generale e di pubblico interesse (1).

(*) Scritto destinato alla Raccolta in memoria di Aldo Altardi.

(**) Professore ordinario nell'Università di Roma « La Sapienza ».

(1) In dottrina: TERT, *L'arbitrato nelle società*, in questa *Rivista*, 1993, 301; DE FERRA, *Clausole arbitrali nel diritto delle società*, in questa *Rivista*, 1995, 187; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 1, 2000, 259 ss.; SALARA, *La clausola compromissoria negli statuti sociali*, in *Le Società*, 2001, 1043 ss.; nella giurisprudenza ordinaria: Cass. 30 marzo 1998, n. 3322; Cass. 6 luglio 2000, n. 9022, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 77; Cass. 19 settembre 2000, n. 12412, in *Giust. civ.*, 2001, I, 405; Cass. 21 dicembre 2000, n. 16056; nella giurisprudenza arbitrale: Colf. arb. 22 luglio 1998, in *Corr. giur.*, 1999, 613-614, nota

Considérant que la recevabilité du recours en annulation à l'encontre de la décision du tiers statuant en référé soulève au préalable, non la question de la qualification de la décision rendue en tant que sentence susceptible de recours au titre de l'article 1504 du nouveau code de procédure civile, ou en tant qu'ordonnance, insusceptible de recours, ce qui suppose déjà admis l'assimilation du tiers à l'arbitre, mais celle de la mission du tiers puisque, comme le remarque la société TEP Congo, le règlement de référé pré-arbitral n'indique pas qu'il s'agit d'un règlement d'arbitrage;

Considérant que d'après le préambule du règlement de référé pré-arbitral de la CCI adopté par les parties, celui-ci « met à la disposition des usagers du commerce international un nouveau mécanisme par lequel des mesures peuvent être rapidement prises lorsque certaines difficultés surviennent dans le cadre de relations contractuelles. Ce Règlement répond à un besoin spécifique: celui de recourir à très bref délai à un tiers — "le tiers statuant en référé" — habilité à ordonner des mesures provisoires revêtant un caractère d'urgence »;

Qu'il est manifeste que la qualification d'arbitrage a été soigneusement évitée en gommant toute référence aux expressions évoquant une telle qualification;

Considérant que la mesure ordonnée dans l'ordonnance du 6 février 2002 qui fait interdiction à la République du Congo et à la SNCP de faire obstacle à l'exécution du contrat de vente de pétrole conclu avec la société TEP Congo tant que les griefs de fond ne seront pas jugés par le tribunal arbitral compétent pour en connaître, ne préjuge pas au fond et ne modifie en rien la situation des parties tant que les arbitres, dont l'intervention est prévue par la clause compromissoire du protocole général d'accord, ne se sont pas prononcés;

Considérant que M. Tercier a reçu de la République du Congo, de la SNPC et de la société TEP Congo, la mission de rendre une décision qu'elles ont contractuellement et par avance rendue obligatoire ainsi que le souligne la règle d'efficacité pratique contenue à l'article 6.6 du règlement de référé pré-arbitral de la CCI qui dispose que « les parties s'engagent à exécuter sans délai l'ordonnance de référé »;

Considérant que l'ordonnance du 6 février 2002, rendue d'après un mécanisme contractuel qui repose sur la coopération des parties, a, malgré son appellation, une nature conventionnelle, qu'elle n'a d'autorité que celle de la chose convenue, qu'en conséquence, est irrecevable le recours en annulation ouvert contre les sentences;

Considérant qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à la charge de la société TEP Congo les frais qu'elle a exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens au remboursement desquels la République du Congo et la SNPC ne peuvent non plus prétendre puisqu'elles supportent les dépens;

PAR CES MOTIFS. — Déclare irrecevable le recours en annulation à l'encontre de l'ordonnance de référé pré-arbitral rendue le 6 février 2002,

Débouté les parties de toutes leurs demandes,

Condanne la République du Congo et la Société Nationale des Pétroles du Congo in solidum aux dépens et accordé à la SCP Duboscq et Pellerin, avoué, le bénéfice du droit prévu à l'article 699 du nouveau code de procédure civile.

STATI UNITI D'AMERICA — UNITED STATES DISTRICT COURT, S.D. California, sentenza 98-1165-B del 7 dicembre 1998 — Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran c. Cubic Defense Systems, Inc.

Arbitrato estero - *Exequatur* - Lodo pronunciato con riferimento ai Principi Unidroit - Convenzione di New York del 1958 - art. V (1) (a); (b); (c) - non costituisce violazione.

CENNI DI FATTO. — Si vedano i fatti richiamati in questa *Rivista*, 2000, 793 ss.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*).

1. STANDARD OF LAW

[1] The Court is asked to confirm the ICC Award pursuant to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards (« Convention »), opened for signature June 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 3; reprinted in 9 U.S.C. §§ 201-208. The United States became a party to the Convention in 1970, and Congress soon after enacted legislation implementing the provisions of the Convention into domestic law, codified as Chapter II of the Federal Arbitration Act (« FAA »), Pub.L. 91-368, 84 Stat. 692 (1970) (codified at 9 U.S.C. §§ 201-208). A district court's « review of a foreign arbitration award is quite circumscribed ». Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould, Inc., 969 F.2d 764, 770 (9th Cir.1992). There is a general pro-enforcement bias under the Convention. See *Id.*; see also Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506, 519-20 & n. 15, 94 S. Ct. 2449, 41 L.Ed.2d 270 (1974). Upon application for an order confirming the award, the « district court has little discretion: "The court shall confirm the award unless it finds one of the grounds for refusal or deferral of recognition or enforcement of the award specified in the said Convention" » Ministry of Defense, 969 F.2d at 770 (citing 9 U.S.C. § 207).

[2] The grounds for refusing to recognize or enforce an arbitral award include: (a) The parties to the agreement... were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or the arbitration proceedings or was otherwise unable to present [his or her] case; or (c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contain decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; (...) Article V(1)(d)-(e) and Article V(2) of the Convention provide for grounds upon which a court may refuse to recognize or enforce a foreign arbitral award. Cubic, however, does not make claims pursuant to these pro-

visions of the Convention and therefore these grounds are not before this Court. Convention, art. V(1) (...).

[3] Section 10 of the FAA and case law addressing domestic arbitration set forth grounds upon which a court may refuse to confirm an arbitration award. These grounds, however, are not applicable to confirmation under the Convention. The statute implementing the Convention states that a « court shall confirm the award unless it finds one of the grounds for refusal... specified in the said Convention ». 9 U.S.C. § 207. Thus, other provisions regarding arbitration are not applicable to petitions requesting confirmation of an arbitration award under the Convention. See Ministry of Defense, 969 F.2d at 770 (limiting discretion of district court to grounds to refusal specified in the Convention); Management & Technical Consultants S.A. v. Parsons-Jurden Int'l Corp., 820 F.2d 1531, 1533-34 (9th Cir.1987) (« Under the Convention, an arbitrator's award can be vacated only on the grounds specified in the Convention. »); see also Industrial Risk Insurers v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH, 141 F.3d 1434, 1446 (11th Cir.1998) (finding that « the Convention's enumeration of defenses is exclusive »); Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys « R » Us, Inc., 126 F.3d 15, 20 (2d Cir.1997) (« [T]he grounds for relief enumerated in Article V of the Convention are the only grounds available for setting aside an arbitral award. »); M & C Corp. v. Erwin Behr GmbH & Co., 87 F.3d 844, 851 (6th Cir.1996) (« Article V of the Convention lists the exclusive grounds justifying refusal to recognize an arbitral award. »).

II. CONFIRMATION OF AWARD

I. Article V(1)(c)

[4] Cubic first contends that the ICC Award violates Article V(1)(c) of the Convention because it « deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration » and it « contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration ». Cubic also alleges that the award violates Article V(1)(c) because it ignores the terms of the Parties' Contracts. Thus, Cubic argues that the « Terms of Reference constitute the jurisdictional mandate of an arbitral panel, and any decision which exceeds the scope of that jurisdictional reference is improper ».

Cubic also contends that the Award violates 9 U.S.C. § 10 of the FAA. As explained by this Court, § 10 of the FAA does not apply to claims brought under the Convention.

[5] Specifically, Cubic argues that the Tribunal decided issues not submitted by the Parties and issued a ruling based upon legal theories not contemplated by and/or asserted by the Parties. The legal theories and conclusions Cubic takes issue with are: (1) the « conclusion that the Parties agreed in 1979 to discontinue the Contracts at least for the time being, i.e., until the results of Cubic's attempt to re-sell the System would be known » (Award § 10.1.1); (2) the conclusion that there was « an implicit agreement for the postponement of the maturity date of any such claims until Cubic had resold the equipment or declared its inability to resell ».

(Procedural Order No. 6 § 1.3); (3) the conclusion that there was « a factual termination of the Contracts at the request of Iran » (Award § 11.22); and, (4) the finding that it can be implied from the Termination for Convenience Clause that « Cubic shall credit Iran with... products manufactured for Iran prior to the termination of the Contracts » (Award § 13.6).

[6] Cubic's objections are misguided. First, the Terms of Reference allow the Arbitrators leeway in resolving the conflict that the Parties presented to them. Cubic cites specific questions framed by the Terms of Reference and claims that the ICC Award's deviations from those particular questions constitutes a deviation from the Terms. However, as Iran points out, the questions posed for the Arbitrators were presented in the following manner in the Terms of Reference:

The issues to be determined shall be those resulting from the Parties' submissions and which are relevant to the adjudication of the Parties' respective claims and defenses. In particular, the Arbitral Tribunal may have to consider the following issues (but not necessarily all of these or only these, and not necessarily in the following order)... (Terms of Reference § 4) (emphasis added). The Terms of Reference then proceed to list twelve issues that may be considered in the adjudication of the Parties' claims and defenses. The Arbitrators were not, however, explicitly required to consider all of these issues in resolving this contractual dispute. The Arbitrators were also not limited to the issues listed, but could consider additional issues in resolving this dispute. Furthermore, the Award is within the parameters of those twelve issues, even if the legal theories applied are different from those presented in the Parties' pleadings. Thus, based only on an evaluation of the Terms of Reference, the use of legal theories not presented by the Parties is acceptable under the Terms of Reference.

[7] Second, Cubic's claim that the use of legal theories not presented by the Parties precludes confirmation of the Award was rejected by the Ninth Circuit. See Ministry of Defense, 969 F.2d at 771. Under the Convention, a court is to determine « whether the award exceeds the scope of the [arbitration agreement], not whether the award exceeds the scope of the parties' pleadings ». Id. Respondents in Ministry of Defense objected to confirmation of that award « because the award [was] not based on the same legal theory as that stated in the pleadings ». The court found that the subject matter of respondent's claim was « obvious[ly] » the contract between the parties and to the extent the « award resolves the claims and counterclaims connected with the two contracts it... does not exceed the scope of the submission to arbitration ». Id. Comparing Ministry of Defense to this case, the Court finds that the subject matter of this dispute is the Service and Sales Contracts between Cubic and Iran. The ICC Award resolves the Parties' claims arising from these Contracts and the fact that the Award is not based on the same legal theories as stated in the pleadings cannot be a basis for refusing to confirm it.

[8] Cubic also disputes the Tribunal's reference to the Principles of International Commercial Contracts published in 1994 by the Unidroit Institute (« UNIDROIT Principles ») and the Tribunal's references to principles of fairness such as good faith and fair dealing. Cubic claims that reference to such international and

equitable principles also violates Article V(1)(c) because this law exceeds the scope of the Terms of Reference. The reference to the UNIDROIT Principles does not exceed the scope of the Terms of Reference. One of the issues presented to the Tribunal was whether general principles of international law apply to this dispute. That Cubic disagrees with the Tribunal's response to the question posed by the Parties is not a reason to find that the Tribunal addressed issues beyond the scope of the Terms of Reference. The same is true for Cubic's assertions with regard to the Tribunal's references to equitable principles of contract law.

Cubic relies on *Beacon Journal Publ'g v. Akron Newspaper Guild*, 114 F.3d 596, 600 (6th Cir.1997), for its contention that arbitration awards based on fairness and equity instead of the terms of the agreement should be overturned. Even if this case were binding on this Court, the case resolves a domestic arbitration dispute arising from a collective bargaining agreement and is therefore not applicable to the confirmation of arbitral awards under the Convention. See *Ministry of Defense*, 969 F.2d at 770; see also *M & C Corp.*, 87 F.3d at 851 (6th Cir.1996).

[9] As stated earlier, this Court's discretion in reviewing a foreign arbitration award is quite circumscribed. See *Ministry of Defense*, 969 F.2d at 770. The Tribunal's reference to and application of the UNIDROIT Principles and principles such as good faith and fair dealing do not violate Article V(1)(c). The Tribunal applied these principles to differences contemplated by and falling within the terms of the submission to arbitration and therefore the Award does not violate Article V(1)(c).

2. Article V(1)(a)

[10] Article V(1)(a) provides that a court may refuse to confirm an arbitral award if an agreement in writing, including an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, is not valid under the law to which the parties have subjected it. Cubic appears to be arguing that the four theories of the Tribunal that Cubic contests constitute oral amendments to the Contracts' arbitration clauses and the Terms of Reference. Cubic contends that these oral amendments violate the Convention's requirement that the agreements be in writing. Cubic's construction of the Award and the Convention is strained.

[11] The arbitration clause in the Contracts and the Terms of Reference validly present the Tribunal with the task of resolving the dispute over the Contracts between Iran and Cubic resulting from the unusual circumstances surrounding the 1979 Iranian Revolution. This Court cannot refuse to confirm the Award simply because the legal theories and conclusions presented in the Award differ from those contemplated by the Parties in their pleadings. Legal theories used by adjudicators to resolve contract disputes are not considered oral amendments to the contract or the arbitration agreement. Article V(1)(a) of the Convention does not present this Court with grounds for refusing to confirm the Award.

3. Article V(1)(b)

[12] Article V(1)(b) allows a court to refuse confirmation of an arbitral award if the « party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present [his or her] case ». Cubic contends that it was « denied a meaningful opportunity to present its case » because: (1) Iran shifted its factual and legal theories throughout the proceedings; (2) the Tribunal issued interim decisions regarding bifurcation of the proceedings; and (3) the legal theories and remedies articulated in the Award were not previously presented. Even if these allegations were true, these claims do not rise to the level required by Article V(1)(b) to justify a refusal by this Court to confirm the Award. Cubic's active participation in the entire process demonstrates notification of the proceedings, therefore Cubic presumably relies on the latter part of Article V(1)(b) to justify its claim. However, Cubic was also « otherwise able to present [its] case ». Two hearings were held. Cubic also had several opportunities for briefing. Cubic had its « day in court » and had ample opportunity to present its interpretation of the facts and its legal theories to the Tribunal. Therefore, the Award does not violate Article V(1)(b).

III. CONCLUSION

The Court hereby GRANTS Iran's Petition for Confirmation of the Foreign Arbitral Award and, subsequently, the Court hereby DENIES Cubic's Cross-Motion to Vacate the May 5, 1997 ICC Arbitration Award.

IT IS SO ORDERED.

Sull'equatur di lodi arbitrali stranieri emanati secondo i Principi Unidroit.

1. La sentenza in esame costituisce il punto di arrivo di una complessa vicenda che ha formato oggetto di commento in questa *Rivista* con esclusivo riferimento al contenzioso per-arbitrale sviluppatosi dinanzi al giudice francese. Scopo della presente nota è dunque quello di ricostruire succintamente gli eventi al fine di evidenziare l'ulteriore problematica dell'esecuzione del lodo estero deciso in base ai Principi Unidroit nell'ordinamento interno, *sub specie*, quello statunitense. Ciò consentirà altresì di offrire alcuni cenni in vista del varo della seconda parte dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali e delle considerazioni espresse nel recentissimo libro verde della Commissione Europea sulla trasformazione in regolamento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Nel 1977 la società statunitense *Cubic Defense System Inc.* aveva concluso due contratti col Ministero della difesa iraniano relativi alla vendita ed all'installazione di un sistema di addestramento di piloti militari. I contratti contenevano una clausola compromissoria in base alla quale le

eventuali controversie sarebbero state risolte in conformità al regolamento arbitrale CCI da un collegio con sede a Zurigo.

Nel 1979, a seguito della Rivoluzione iraniana, si interrompeva l'esecuzione dei contratti e, nel 1991, l'Iran presentava domanda di arbitrato alla CCI. Si procedeva alla nomina dei tre arbitri due anni più tardi, nel 1993. Due anni dopo, nel 1995, facendo seguito ad un'ordinanza procedurale, Cubic chiedeva alla Corte Internazionale di Arbitrato la sostituzione del Presidente del collegio e dell'arbitro nominato dalla controparte.

La richiesta veniva respinta dalla Corte e Cubic, prima della pronuncia del lodo definitivo, citava in giudizio la CCI dinanzi al *Tribunal de Grande instance* di Parigi impugnando il contratto di arbitrato (tra Cubic e la CCI) ed invocando la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della convenuta.

Durante il contenzioso peri-arbitrale il giudice francese, con sentenza del 21 maggio 1997, dichiarava infondata l'istanza presentata dalla società statunitense (1). Cubic ricorreva allora in appello e la *Cour d'appel de Paris*, con sentenza del 15 settembre 1998, confermava la decisione del giudice di prime cure (2). Approdato il caso in Cassazione, la prima sezione civile della Suprema Corte riteneva infondato l'ulteriore ricorso e condannava Cubic al pagamento delle spese processuali (3).

Mentre si sviluppava il contenzioso peri-arbitrale, il collegio perveniva alla pronuncia del lodo finale, il n. 7365 del 5 maggio 1997.

La legge applicabile era stata individuata dagli arbitri, conformemente a quanto indicato dalle parti nel patto compromissorio, nel diritto iraniano vigente alla data di conclusione dei contratti. Tuttavia, gli arbitri rilevavano quanto segue:

« since both Parties eventually agreed to the complementary and supplementary application of general principles of international law and trade usages and based on Article 13 (5) of the ICC Rules [1988 n.d.r.], the Tribunal shall, to the extent necessary, take into account such principles and usages as well. As to the contents of such rules, the Tribunal shall be guided by the Principles of International Commercial Contracts, published in 1994 by the Unidroit Institute » (4).

Muovendo da tali premesse, il collegio si era riferito all'art. 6.2.3 dei Principi Unidroit sugli effetti dell'*hardship*: norma che, secondo gli arbitri, doveva ritenersi integrativa della legge iraniana (5). Riferendosi, altresì, agli artt. 5.1 e 5.2 dei Principi citati, il collegio concludeva in favore della riso-

(1) TGI Paris, 21 maggio 1997, in *Rev. arb.*, 1997, 417 ss.

(2) In questa *Rivista*, 2000, 793 ss., con nota di Gosi.

(3) In questa *Rivista*, 2001, 489 ss., con nota di Gosi.

(4) Il passaggio è citato da BONELLI, *ult. loc. cit.*, 659.

(5) « From the covenant of good faith and fair dealing which is implied in each contract follows that in a case in which the circumstances to a contract undergo... fundamental

luzione del contratto, cui seguiva l'obbligo di restituzione di tutto ciò che fosse stato fornito e ricevuto, conformemente a quanto disposto dall'art. 7.3.6 dei Principi (6). Di qui, gli arbitri condannavano la società Cubic al pagamento di 2.808.519 USD oltre agli interessi.

Dinanzi al rifiuto di Cubic di eseguire il lodo arbitrale, l'Iran chiedeva l'*exequatur* al giudice federale statunitense avvalendosi della Convenzione di New York del 1958. Il soccombente si opponeva invocando, *inter alia*, la nullità del lodo per ultrapetizione ai sensi e per gli effetti dell'articolo V, comma 1, lettera c, della Convenzione di New York del 1958. Secondo *Cubic*, il collegio arbitrale aveva pronunciato fuori dei limiti dell'accordo arbitrale; da un lato, decidendo secondo *norme di diritto* non previste e/o non eletiche specificamente dalle parti nell'atto di missione e, dall'altro lato, riferendosi ai Principi Unidroit e ad altri principi « vaghi » come la buona fede, tutti principi non facenti parte della legge applicabile.

Il giudice federale, con sentenza del 7 dicembre 1998 oggetto della presente nota (7), ha respinto entrambe le obiezioni rilevando che gli arbitri avevano correttamente statuito sulle domande delle parti e concedendo di conseguenza l'*exequatur* del lodo contro la società statunitense.

In particolare, per addivenire alla pronuncia *de qua* la Corte rilevava che la Convenzione di New York del 1958 contiene un *general pro-enforcement-bias* (8) in base al quale, i casi di impugnazione del lodo arbitrale devono considerarsi tassativi.

changes in unforeseeable way, a party is precluded from invoking the binding effect of the contract... in such restrictive and narrow form this concept (of hardship or *clausula rebus sic stantibus*) has been incorporated into so many legal systems that it is widely regarded as a general principle of law. As such, it would be applicable in the instant arbitration even if it did not form part of the Iranian Law », *ibidem*. Piuttosto, va rilevato che l'interpretazione integrativa della legge iraniana a mezzo dei Principi Unidroit non si è spinta sino alla disapplicazione dell'eventuale norma della legge competente difforme dai Principi medesimi. Gli arbitri hanno opportunamente puntualizzato che: « [e]ven if a generally accepted principle of international law existed in this respect, the Tribunal would only be authorised to apply it as a complementary and supplementary rule not as a rule in clear contradiction to an unambiguous provision of the Iranian Law chosen by the parties ». Tale considerazione ha ricevuto applicazione in materia di interessi *ex art. 7.4.9* là dove il collegio rileva appunto che, nonostante esistesse una tendenza nel diritto commerciale internazionale a riconoscere gli interessi moratori senza preventiva messa in mora, ciò si poneva in aperto contrasto con le corrispondenti norme dell'art. 721 Codice Civile iraniano cioè rispetto alla legge competente per espressa scelta dalle parti.

(6) « The obvious and most important effect of a contract termination, be it for the convenience of one party or for other reasons, is that "either party may claim restitution of whatever it has supplied, provided that such party concurrently makes restitution of whatever it has received" », *ibidem*.

(7) *The Ministry of Defence and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*, 29 F.Supp.2d 1168, in *Yearbook*, 1999, 875-881, in *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*, 1999, 799, con nota di BONELLI, *Unidroit Principles: a significant recognition by a United States District Court*, *ivi*, 1999, 651.

(8) L'interpretazione *pro-enforcement* della Convenzione di New York del 1958 ad

La conclusione raggiunta — ed il rigetto di ogni ulteriore istanza volta a considerare la questione alla luce degli artt. V, par. 1, lettere (a) e (b) della Convenzione di New York (9) — allinea il giudice statunitense con la posizione assunta da quello francese ed anche italiano come si vedrà tra un istante.

2. La sentenza in epigrafe costituisce un importante riconoscimento della valenza giuridica dei Principi Unidroit quale strumento di interpretazione ed integrazione della legge applicabile ed apre interessanti prospettive che vanno colte, sia in vista del varo della parte seconda dei Principi Unidroit, sia rispetto alla giurisprudenza statale sulla nuova *lex mercatoria* finora conosciuta (10). Il punto cruciale che la sentenza in commento consente di evidenziare è che, dal punto di vista del giudice dell'*exequatur*, la qualità statale o astatale del diritto applicato dall'arbitro non assume rilevanza decisiva: solo conta il rispetto delle norme vigenti nella *lex fori* in materia di riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri.

3. Nonostante un atteggiamento di generale favore della dottrina specialistica, alcune modalità di applicazione dei Principi Unidroit hanno sollevato alcune perplessità: perplessità che suggeriscono una rilevanza attenta dell'accoglimento giurisprudenziale che viene formandosi (11). È pur vero, tuttavia, che se qualche dissenso (dottrinale) si riscontra in tema di applicazione dei Principi Unidroit alla stregua di *lex contractus*, sia pure ad opera dell'arbitro internazionale, l'applicazione dei medesimi Principi in chiave interpretativo-integrativa del diritto (statale) applicabile sembra godere di maggiore consenso. La giurisprudenza arbitrale CCI sembra perciò consolidare un trend che era stato avvertito da Fouchard, nel 1969, con queste parole:

« *L'appel aux principes généraux du droit est l'attitude la plus fréquente des arbitres du commerce international; il se rencontre dans des sentences qui se fondent ou non sur le droit international, et il est parfois*

opera del giudice statunitense era stata affermata con vigore dalla Corte Suprema, nel celebre caso *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 519-20, 94 S. Ct. 2449, 41 L.Ed.2d 270 (1974). V. pure AKSEN, *Application of the New York Convention by United States Courts*, in *Yearbook*, 1979, 341-359.

(9) Su cui v. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, Padova, 1999, 1 ss.

(10) In argomento v. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2003, *passim*.

(11) V. in particolare GIARDINA, *I Principi Unidroit quale legge regolatrice dei contratti internazionali (I Principi ed il diritto internazionale privato)*, in BONELLI, BONELLI, *Coh. tratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, 58 s.; KESSEDIJAN, *Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les principes proposés par Unidroit*, in *Rev. crit. dip.*, 1995, 641-670; v. pure le conclusioni di MAXEY, in AA.VV., *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, ICC ICAH spec. suppl., Paris, 2002; MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, cit.

exprès, le plus souvent tacite. Ces principes généraux sont dégagés soit de l'analyse comparée des plusieurs droits nationaux, soit à partir d'un raisonnement abstrait où la culture juridique de l'arbitre joue évidemment un grand rôle. La formation d'un droit commun des nations découle directement de cette méthode arbitrale... Aussi bien, c'est surtout en matière contractuelle que les arbitres se sont efforcés de découvrir des principes généraux, car une grande partie des litiges arbitrés concernent l'exécution ou l'interprétation d'un contrat. Une théorie générale des contrats a été élaborée, qui constitue un véritable droit commun international... » (12).

Indubbiamente, oggi i Principi Unidroit soddisfano il naturale anelito degli arbitri internazionali verso la risoluzione delle controversie secondo metodologie che, incardinate nel contesto dell'analisi internazionale-privatistica, conducano a soluzioni *enjoying wide international consensus*, secondo quanto rilevato nel lodo CCI n. 7110 del 1997 (13).

Così, nella totalità dei casi repertoriati l'applicazione del diritto statale ha portato ad una soluzione convergente (anche se implicita) con quella cui si sarebbe giunti applicando i Principi Unidroit (14).

Al riguardo va aggiunto che, a seguito della pubblicazione dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali nel 1994, il Consiglio di direzione di Unidroit ha costituito, nel 1997, un nuovo gruppo di lavoro incaricato di redigere ulteriori Principi su materie che, nel 1994 non avevano ricevuto sistemazione. Il Gruppo di lavoro si compone di diciassette esperti e vi partecipano, in qualità di osservatori, anche alcuni rappresentanti di organismi internazionali come l'UNCITRAL, la Corte internazionale di arbitrato della CCI ed altre istituzioni arbitrali. Sono in fase di avanzata redazione appositi principi in materia di rappresentanza (Prof. M.J. Bonell), prescrizione (Prof. P. Schlechtriem), cessione dei crediti, la delegazione e la cessione del contratto (Relatore Prof. M. Fontaine), compensazione (Prof. C. Jaufret-Spinosi) e contratto a favore di terzo (Prof. M. Furmston). Si trovano in fase di studio anche una disposizione generale sul principio di apparenza (P. Finn) nonché possibili emendamenti sia delle di-

(12) FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, cit., 432-433.

(13) MARRELLA, GELINAS, *The Unidroit Principles for International Commercial Contracts in ICC Arbitration*, in *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1999, v.10, n. 2, 48. Va puntualizzato, altresì, che nel lodo CCI n. 7110, l'applicazione dei Principi è avvenuta a titolo di *lex contractus*.

(14) Nel caso in cui la norma tratta dell'ordinamento competente si trovasse in conflitto con la corrispondente disposizione dei Principi Unidroit si porrebbe un problema ben più complesso che non è stato ancora affrontato e risolto dagli arbitri. Se gli arbitri applicassero i Principi disapplicando la legge competente finirebbero con il trasformare i Principi Unidroit in dispositivi di ordine pubblico transnazionale. E per giunta la possibilità di soluzioni divergenti potrebbe aumentare al crescere del numero e del grado di dettaglio dei Principi Unidroit.

sposizioni che dei commenti ai Principi in funzione delle esigenze del commercio elettronico (Prof. T. Uchida) (15).

4. Sotto altro punto di vista, la sentenza in esame richiama alla mente alcune vicende evidenziate dalla giurisprudenza statale sinora conosciuta sulla nuova *lex mercatoria* (16).

Va ricordato in questa sede il celebre caso *Ditta Fratelli Damiano SNC c. Ditta August Topfer & Co GmbH* (17). In quella vicenda, venne chiesto al giudice italiano l'*exequatur*, in base alla Convenzione di New York del 10 giugno 1958, di un lodo non motivato pronunciato a Londra secondo il regolamento arbitrale della RSA. La Corte d'Appello di Messina aveva concesso l'*exequatur* del lodo in Italia respingendo le tesi adottate dalla società italiana volte a dimostrare l'«insussistenza della clausola compromissoria», la nullità del lodo per assoluto difetto di motivazione e, in via subordinata, la contrarietà all'ordine pubblico.

È noto come, a conclusione del giudizio, la Suprema Corte abbia rovesciato la sentenza del giudice messinese, rilevando, *inter alia*, la contrarietà del lodo a quella *lex mercatoria* di cui riconosceva l'esistenza e rifiutando in definitiva l'*exequatur* del lodo contro la società italiana.

In un'ulteriore recente sentenza, di cui, curiosamente, si reperisce traccia solo nello *Yearbook of Commercial Arbitration*, la Corte di Cassazione si è pronunciata a favore del riconoscimento ed esecuzione di un lodo straniero basato su un accordo arbitrale regolato dalla *lex mercatoria* e pronunciato a seguito di una lite insorta tra due società tunisine ed una S.r.l. italiana (18). Qui la *lex mercatoria* era stata applicata dagli arbitri per stabilire la validità dell'accordo arbitrale e quindi la propria competenza, con-

pefenza che veniva contestata dalla parte tunisina invocando la propria legge nazionale in base alla quale, trattandosi di enti statali, il patto compromissorio era nullo.

Una volta stabilita la validità della clausola compromissoria in base alla *lex mercatoria*, il collegio arbitrale decideva il merito della lite sulla base della legge tunisina (*lex contractus*), giungendo ad una pronuncia sfavorevole alla parte italiana. A questo punto, la parte tunisina chiedeva l'*exequatur* del lodo dinanzi alla Corte d'Appello di Bari, la quale, tuttavia, con sentenza del 2 novembre 1993, n. 811, rifiutava l'*exequatur* rilevando il difetto di capacità a compromettere di una delle parti in base alla legge tunisina (19).

Approdata la lite in Cassazione, la Suprema Corte ha annullato la decisione del giudice di merito facendo valere che, in relazione all'art. V, paragrafo 1, lettera a, della Convenzione di New York del 1958, la legge applicabile all'accordo arbitrale era, come avevano rilevato gli arbitri, la *lex mercatoria* e non la legge tunisina. Di qui la validità del procedimento arbitrale e quindi del lodo che, in conclusione, veniva rivestito dell'*exequatur*.

Va da ultimo ricordata, con riferimento alla giurisprudenza francese, la saga *Norsolor* che riguardava una controversia intervenuta tra una società di diritto turco ed una società di diritto francese che veniva decisa da un collegio arbitrale tramite il lodo CCI n. 3131. Il lodo veniva impugnato in Austria, sede dell'arbitrato, e, successivamente, in Francia, luogo dell'*exequatur* (20). Dinanzi al giudice francese non veniva messo in discussione né il contenuto della *lex mercatoria* in quanto tale, né l'esistenza di un ordinamento giuridico della *societas mercatorum*, bensì si contestava specificamente l'esercizio dei poteri dell'arbitro. Poiché si trattava di un arbitro secondo diritto e gli arbitri avevano applicato la *lex mercatoria*, il ricorso, in base alle norme che disciplinavano l'esperibilità dell'opposizione all'ordinanza di *exequatur*, chiedeva l'annullamento del lodo limitandosi a sostenere che gli arbitri, in violazione del proprio atto di missione, avevano giudicato secondo equità.

Orbene, il TGI di Parigi, nonostante l'intervenuto annullamento del lodo da parte del giudice austriaco, con riferimento alla Convenzione di

(15) V. <http://www.unidroit.org/italian/workprogramme/maiin.htm#NR2>.

(16) Con riferimento alla situazione italiana, va ricordato che l'art. 840 c.p.c. riproduce le corrispondenti norme dell'art. V della Convenzione di New York del 1958. Cfr. GIARDINA, *L'applicazione in Italia della Convenzione di New York sull'arbitrato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, 268 s.; *Id.*, *L'autonomia delle parti nel commercio internazionale. Fonit e tipi del contratto internazionale*, Milano, 1991, 33 ss. *Id.*, *L'arbitrato internazionale*, in questa *Rivista*, 1992, 21 s.; *Id.*, *La l. 25 del 1994 e l'arbitrato internazionale*, in questa *Rivista*, 1994, 257 ss.; *Id.*, *Le norme di diritto sostanziale applicabili alla controversia*, in AA.VV., *Nuovo regolamento di arbitrato CCI 1998*, Milano, 1998, 45 s.; cfr. altresì BRUGLIO, in BRUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 295 ss.; BIAVATI, in CARPI (a cura di), *L'arbitrato*, Bologna, 2001, 810 ss.

(17) Cass., 8 febbraio 1982, n. 122, *Ditta Fratelli Damiano SNC c. Ditta August Topfer & Co GmbH*, in *Foro it.*, 1988, I, c.2285; in *Riv. dir. int.*, 1983, 470 ss.; in *Dir. mat.*, 1982, 644 s.; in *RDIPP*, 1982, 829-838, con nota critica di GIARDINA, *Arbitrato transnazionale e Lex mercatoria di fronte alla Corte di Cassazione*, *ivi*, 754 ss.. Cfr. G. BERNINI, *L'arbitrato*, cit., 492 s..

(18) Cass., 9 maggio 1996, n. 4342, *SAEPA e SIAPE c. Gemanco S.r.l.*, in *Yearbook*, XXII, 1997, 737-743. Questa sentenza, inedita in Italia, viene indicata nello *Yearbook* con la dicitura « Unpublished ».

(19) Corte d'Appello di Bari, 2 novembre 1993, n. 811, in *Yearbook*, cit., 737-743.

(20) Le sei sentenze che hanno dato vita alla saga *Norsolor* sono, in Francia, le seguenti: TGI Paris, 4 marzo 1981, in *Clairet* 1981, 836, con nota di KAHN; Paris 1 Ch. Suppl., 15 dec. 1981; Paris, 1 Ch. Suppl., 19 novembre 1982; TGI Paris, 20 giugno 1983, tutte in *Rev. arb.*, 1983, 465 s.; ed in Austria: Trib. comm. Vienna, 23 giugno 1981; Corte d'Appello di Vienna, 29 gennaio 1982; Corte Suprema Austriaca, 18 novembre 1982, in *Rev. arb.*, 1983, 513. V. per tutti GOLDMAN, *Une bataille judiciaire autour de la Lex mercatoria. L'affaire Norsolor*, in *Rev. arb.*, 1983, 379; nonché, conformemente, FOUCHARD, *Lex usages, l'arbitre et le*

New York del 1958, concedeva l'*exequatur* tramite *ordonnance* del 5 febbraio 1980⁽²¹⁾.

Norsolor decideva di impugnare la decisione dinanzi alla Corte d'Appello di Parigi ma quest'ultima, rilevata la pendenza della lite dinanzi al giudice austriaco, sospendeva il procedimento in attesa della decisione della Corte d'Appello di Vienna. Quest'ultima, con sentenza del 29 giugno 1982 annullava il lodo rilevando, *inter alia*, che il riferimento alla *lex mercatoria* costituiva riferimento « ad un diritto mondiale di incerta validità ». Conseguentemente, la Corte d'Appello di Parigi, con sentenza del 19 novembre 1982, rifiutava l'*exequatur* del lodo in Francia. Ma, nel frattempo, la Corte Suprema Austriaca aveva cassato la decisione della Corte d'Appello di Vienna riaffermando perciò, la validità ed efficacia del lodo deciso sulla base della *lex mercatoria*. Veniva allora presentata nuova istanza di riconoscimento al Presidente del TGI di Parigi che, con provvedimento del 20 giugno 1983, dava riconoscimento al lodo arbitrale. Approdato il caso in Cassazione, la Suprema Corte, con sentenza del 9 ottobre 1984, confermava la decisione del giudice di merito, precisando ulteriormente che, in base all'art. V della Convenzione di New York del 1958, era preclusa la possibilità per i giudici francesi di rimettere in discussione l'applicazione della *lex mercatoria* effettuata da parte degli arbitri nella risoluzione di una controversia relativa ad un contratto internazionale⁽²²⁾.

5. L'epoca in cui viviamo è quella della mondializzazione dell'economia e dunque anche dell'arbitrato⁽²³⁾. La crescente rilevanza di norme astatali come i Principi Unidroit ha trovato accoglimento nel recentissimo libro verde della Commissione Europea, ove ai fini della prossima « trasfazione » della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in regolamento comunitario, si nota che « in materia di commercio internazionale, sempre più spesso le parti fanno riferimento, non già alla legge di questo o quello Stato, ma direttamente alle norme di una Convenzione internazionale come la Convenzione di Vienna

(21) TGI Paris, 4 marzo 1981, in *Rev. arb.*, 1983, 469.

(22) Cass. civ., 9 oct. 1984, in *Clunet*, 1985, 679-683, con nota di KAHN; in *D.*, 1985, 101 con nota di ROBERT; in *Rev. arb.*, 1985, 432 s., con nota di GOLDMAN; in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1985, 555, con nota di DUTOIT nonché in *Journ. of Int. Arb.*, 1985, 67 con nota di THOMPSON; in *Yearbook*, IX, 1984, 159 e *Yearbook* XI, 1986, 484 s.; in *ILM*, 1985, con nota di GAILLARD. Va rilevato altresì che sia la Corte d'Appello di Parigi che quella di Cassazione hanno ritenuto applicabile la Convenzione di New York del 1958 alla fattispecie nonostante il fatto che, una delle parti essendo turca, la Turchia, a quell'epoca, non fosse Parte contraente della Convenzione medesima. Il che è ancora più interessante qualora si consideri che il lodo di cui si chiedeva l'*exequatur* risultava sfavorevole alla parte francese.

(23) GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. Impri.*, 2000, 189-205; FANZALARI, *L'arbitrato nell'era della mondializzazione*, in questa Rivista, 2000, 227-233.

dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di merci, alle consuetudini invalse nel commercio internazionale, ai principi generali del diritto, alla *lex mercatoria* o ancora a codici privati recenti come i Principi Unidroit relativi ai contratti del commercio internazionale »⁽²⁴⁾. A partire da tale constatazione, è possibile prevedere che il giudice dell'*exequatur* potrà imbat-tersi, sempre più spesso, in lodi arbitrali basati a vario titolo sui Principi Unidroit, riflesso di una mondializzazione economica che diviene compito imprescindibile della dottrina analizzare anche nel diritto dell'arbitrato.

FABRIZIO MARRELLA

(24) Libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinvio della medesima, del 14 gennaio 2003 (COM (2002)).