

RIVISTA DELL'ARBITRATO

Anno XXV Fasc. 1 - 2015

ISSN 1122-0147

Giovanni Zarra

**IL PRINCIPIO DEL FAVOR
ARBITRATI E LE CONVENZIONI
ARBITRALI PATOLOGICHE NEI
CONTRATTI COMMERCIALI
INTERNAZIONALI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

REGNO UNITO - HIGH COURT OF JUSTICE, QUEEN'S BENCH DIVISION,
COMMERCIAL COURT, sentenza 11 giugno 2014, Mr. Justice Cooke; *Christian
Kruppa v. Alessando Benedetti and Bertrand des Pallières*.

**Arbitrato - Compromesso e clausola compromissoria - Interpretazione - Favor
arbitrati - Clausole arbitrali patologiche - Clausole «multi-tier» per la
risoluzione di controversie - Insussistenza dell'obbligo di ricorrere all'arbi-
trato se questo è previsto come mera opzione facoltativa.**

*Il fondamentale requisito di una convenzione arbitrale è dato dall'impegno
vincolante, assunto dalle parti, di sottoporre la controversia ad arbitrato. In assenza
di tale manifestazione di volontà, esplicitamente od implicitamente ravvisabile, non
è possibile, neppure in virtù del principio del favor arbitrati, attribuire efficacia in
sede giudiziale alle cd. clausole arbitrali patologiche.*

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. The defendants in this action apply to stay the proceedings pursuant to section 9 of the Arbitration Act 1996. The sole question which arises is whether or not a “Governing Law and Jurisdiction” clause in the three material agreements (in identical terms) constitutes an “arbitration agreement” within the meaning of section 6(1) of that Act. By that sub-section “An arbitration agreement means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not)”.

2. The relevant clause reads as follows: “Governing law and jurisdiction. Laws of England and Wales. In the event of any dispute between the parties pursuant to this Agreement, the parties will endeavour to first resolve the matter through Swiss arbitration. Should a resolution not be forthcoming the courts of England shall have non-exclusive jurisdiction”.

3. (*Omissis*). The simple question therefore was whether or not the clause did constitute an arbitration agreement within the meaning of the Act and many of the authorities cited did not therefore fall for consideration.

4. Mr Paul Sinclair, for the claimant, submitted that the authorities gave rise to the following propositions: i) in a clause of this kind should be construed in the same way as any other clause in a contract, the aim being to ascertain the intention of the parties and what a reasonable person would have understood the parties to have meant, with all the relevant background knowledge that they had at the time. ii) Dispute resolution clauses can be arbitration agreements when the word “arbitration” is not used and need not be arbitration agreements even when the word is used. iii) Where a contract contains an exclusive jurisdiction clause and a mandatory arbitration clause, there is an assumption that the parties intend any dispute to be heard by the same tribunal and the court’s policy in favour of arbitration means that the usual way of reconciling the clauses is by holding that substantive issues go to arbitration and that the court’s jurisdiction extends only to ancillary matters relating to supervision or enforcement of the arbitration and awards.

5. Mr Stanley QC for the defendants did not disagree with these principles but stressed the need for the court to seek to give effect to all parts of a clause in the same way as it had to give effect to all clauses in a contract, insofar as it was possible to do so, in order to arrive at an harmonious result. In his submission, the

word “arbitration”, on its own, was sufficient for an English court to find a binding arbitration agreement, as shown by numerous charter party cases. The clause with which the court is here concerned is one which had been drafted by professionals and the words “Swiss arbitration” were words which were apt to refer only to arbitration and not to mediation or conciliation or some other form of alternative dispute procedure. Parties would be expected to know the difference between “arbitration” and “mediation” and the difference between the two or any other form of alternative dispute resolution. When the word “arbitration” is used, it should be given its ordinary and natural meaning unless there are other provisions in the contract which make it plain, such as those which existed in *AIG Europe SA v QBE International Insurance Ltd* [2001] 2 Lloyd’s Rep 268, that the arbitration is not to give rise to a binding and determinative result. It would not be usual to refer to some form of alternative dispute resolution by reference to nationality (e.g. “Swiss mediation”).

6. (*Omissis*). The provision effectively did little more than appears in section 9(4) of the Arbitration Act, which provides that the court should grant a stay of proceedings in favour of an arbitration agreement unless it was satisfied that the arbitration agreement was “null and void, inoperative, or incapable of being performed”.

7. I was particularly referred by both parties to different passages in a decision of mine in *Sul America CIA Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] 1 Lloyd’s Rep 275 at paragraphs 3, 27-28 (*omissis*).

8. Thus the defendants submit that where possible, references to “arbitration” and “jurisdiction” will be construed so as to give effect to both. That process often involves confining the jurisdictional provisions to limited circumstances but the court has consistently preferred to take that course rather than give no effect to the arbitration provision. It was said that an harmonious construction is eminently possible here since it is well known that arbitration may for various reasons prove impossible and the parties must be free to provide for what would happen in such circumstances. The wording used is not inconsistent, it is said, with the choice of arbitration as the primary means of resolving disputes.

9. There are, in my judgment, as pointed out by the claimant, real difficulties in the defendants’ approach. The first and most obvious difficulty is that the parties have not specifically agreed to refer any dispute to arbitration but have agreed to “endeavour” to resolve the matter through Swiss arbitration. The second is that the form of the clause plainly envisages the possibility of two stages in the dispute resolution process. This appears clearly from the requirement that the parties are to endeavour to “first resolve” the matter through Swiss arbitration and from the following sentence which provides that, if no resolution is forthcoming, either party can refer the matter to the English courts. If a dispute has to be referred to arbitration, any award would, in the ordinary way, be binding upon the parties and no second stage would arise.

10. (*Omissis*). If regard is had to the precise wording used, it can be seen that the parties have agreed, not to refer the matter to arbitration as such, but to “endeavour” to resolve the matter through Swiss arbitration with an express fall-back provision, should they fail to do so in this way. Within the confines of one clause, the parties envisage the possibility of two stages — first an attempt to resolve the matter through Swiss arbitration, followed by litigation in the English

courts. If however a matter is referred to arbitration, the result of that arbitration is binding upon them so that the dispute between the parties is thereby resolved. What the clause anticipates however is an attempt to resolve the matter first by arbitration and that process not resulting in a solution with a consequent need for litigation in the courts.

11. To my mind, an agreement that a party will “endeavour” to first resolve the matter through Swiss arbitration involves something different from an agreement to refer a dispute to arbitration. In these contracts there is no agreement as to the number or identity of the arbitrators which would require further agreement on the part of the parties or the appointment of arbitrators by a court of the seat of arbitration. Because Switzerland is divided into cantons, this would require a cantonal court to apply the provisions of Swiss law but the clause does not give any cantonal court jurisdiction nor specify a cantonal seat. On the evidence before me, article 179 of the Private International Law Statute in Switzerland provides that arbitrators are to be appointed by agreement between the parties, but in the absence of such an agreement, the court where the arbitral tribunal has its seat can make the appointment itself. The defendants’ own expert notes that problems arise where the arbitration agreement does not specify a canton as a seat of the arbitration as in such circumstances it would not be clear to which cantonal court the request to appoint an arbitrator should be made. Although the defendants’ expert refers to different schools of thought as to the effect of such clause under Swiss law and to a view that, in the case of difficulties in the constitution in the arbitral tribunal, the claimant should be allowed to file an application with the cantonal court of its choice, the opinion goes on to say that “if the respondent refuses to co-operate in the determination of the most appropriate forum within Switzerland”, “such a refusal to co-operate is tantamount to an abuse of right”. What the expert does not say is that any cantonal court of either party’s choice could appoint an arbitrator or arbitrators. Instead, reliance is placed upon the offer made by the defendants that they would not raise any objection to any cantonal court to which the claimant might apply for such appointment. This does not appear to me to resolve the problem since it appears that, in order to commence arbitration, the parties have either to agree on the number and identity of the arbitrators or upon the cantonal court which would appoint arbitrators in default. In either eventuality, further agreement on the part of the parties is required before any arbitration could take place.

12. As the claimant submits, on its face, the clause is a two tier dispute resolution clause which provides for a process referred to as “Swiss arbitration” with a right to the parties to refer the matter to the jurisdiction of the English court, “should a resolution not be forthcoming” through the Swiss procedure envisaged. It is logically not possible to have an effective multi-tier clause consisting of one binding tier (i.e. arbitration) followed by another binding tier (i.e. litigation). In my judgment what the parties had in mind was that there should be an attempt to agree a form of arbitration between them in Switzerland. If they failed to do so, the English court was to have non-exclusive jurisdiction.

13. This is not a case, like many of those cited to me, where there are provisions requiring the parties to refer disputes to different tribunals or fora — namely to arbitration on one hand and to the jurisdiction of a specified court on the other, where the two provisions have to be reconciled to the extent possible.

Here the issue arises out of the form of the clause itself which specifically provides for two stages and the failure of the first to resolve the substantive dispute. It is in my judgment no answer for the defendants to say that an arbitration may for various reasons prove impossible and that the Arbitration Act itself envisages this because of the terms of section 9. The clause does not refer to the position where the agreement to arbitrate itself fails for one of the reasons enumerated in the section. The envisaged circumstance in which resolution does not take place is where the parties have “endeavoured” to resolve the dispute through arbitration but have failed in that endeavour.

14. The nature of the obligation incumbent upon the claimant appears from the form which an order for specific performance would take, if it were possible for the defendants to seek such an order. It would be an order that the claimant “endeavour to resolve the matter through Swiss arbitration”. The very nature of that obligation shows that there is not a binding agreement to arbitrate but merely an agreement to *attempt* to resolve the matter by a process of arbitration which has not been set out in the clause or elsewhere in the contract. The absence of provision relating to the number of arbitrators, the identity of the arbitrators, the qualifications of candidates for arbitration or the means by which they should be chosen shows the need for the parties to reach further agreement on the subject because the reference to “Swiss arbitration” does not specify the seat of the arbitration nor the court which could make any appointment in lieu of the parties’ agreement. The requirement to submit finally to a binding arbitration is absent and would, on the face of the clause, be inconsistent with its terms because of the two stage process envisaged.

15. In the circumstances, I hold that the clause does not require the parties to refer any dispute to arbitration in the sense required by the Arbitration Act but merely envisaged the parties attempting to refer the matter to arbitration by agreement between them. It provides for the parties’ failure to reach such agreement and therefore for the English courts to have jurisdiction in such circumstances on a non-exclusive basis. The defendants’ applications must therefore be dismissed with costs.

Il principio del *favor arbitrati* e le convenzioni arbitrali patologiche nei contratti commerciali internazionali.

1. Nel recente caso *Christian Kruppa v. Alessandro Benedetti e Bertrand des Pallières* la High Court si è ancora una volta pronunciata sul problema delle cd. clausole arbitrali patologiche ⁽¹⁾, ossia quelle convenzioni d’arbitrato che, a causa dell’incerta ed ambigua formulazione, non

⁽¹⁾ Tale espressione è stata per la prima volta utilizzata da EISEMANN, *La clause d’arbitrage pathologique*, in *Commercial Arbitration Essays in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, 129 e ss.. Con riguardo all’invalidità della convenzione arbitrale in generale, v. ATTERITANO, *L’enforcement delle sentenze arbitrali nel commercio internazionale*, Milano, 2009, 119 e ss, che sottolinea l’indifferenza del diritto internazionale rispetto alle diverse tipologie di vizio che possono riguardare l’accordo arbitrale e la necessità di riferirsi al diritto interno.

possono definirsi efficaci e, quindi, (i) produrre l'effetto obbligatorio in capo alle parti di ricorrere all'arbitrato; (ii) escludere l'intervento delle corti nazionali; (iii) generare il potere, in capo agli arbitri, di emettere un lodo risolutivo della controversia; e (iv) consentire che venga iniziato un procedimento arbitrale da cui scaturirà un lodo vincolante per le parti (2).

Nel caso di specie, Mr. Justice Cooke ha dovuto analizzare una disposizione contrattuale che prevedeva, in primo luogo, un tentativo delle parti di ricorrere all'arbitrato ("*the parties will endeavour to first resolve the matter through Swiss arbitration*") e, secondariamente, la giurisdizione non esclusiva delle corti inglesi ("*should a resolution not be forthcoming the courts of England shall have non-exclusive jurisdiction*"). Alla luce di tale clausola, il convenuto, essendo stato citato dinanzi alla High Court, ha eccepito un difetto di giurisdizione del giudice inglese asserendo che tra le parti fosse in vigore un accordo arbitrale. Stando alla definizione dell'art. 6 dell'English Arbitration Act 1996, quindi, tra le parti sarebbe stato in vigore un "accordo con cui si accetta di dedurre in arbitrato le controversie presenti e future relative al contratto". In presenza di una simile convenzione, l'art. 9 dell'English Arbitration Act consente al *defendant* nel procedimento interno di richiedere al giudice una sospensione del processo e di rinviare le parti all'arbitrato. Questa norma è, a sua volta, espressione del più generale principio sancito dall'art. II, comma 3, della *Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, il quale obbliga le corti interne, in presenza di una convenzione arbitrale, a sospendere il proprio procedimento e rinviare le parti ad arbitrato "*sempreché non riscontri(no) che la detta convenzione sia caduca, inoperante o non sia suscettibile d'essere applicata*".

Secondo l'interpretazione del convenuto, il mero riferimento all'arbitrato nell'ambito di un contratto deve essere considerato sufficiente affinché la corte interna dichiari, in applicazione dell'art. II, comma 3, della Convenzione di New York e dell'art. 9 dell'English Arbitration Act, di non avere giurisdizione. A suffragio della propria tesi, il convenuto ha citato numerosi precedenti in cui la giurisprudenza inglese ha considerato

(2) EISEMANN, *op. cit.*, 129, DAVIS, *Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria*, in *Arb. Int.*, 1991, 365 e ss.. Stando all'opinione della maggior parte dei commentatori, la ragione per cui ancor oggi si registrano casi di convenzioni arbitrali incapaci di produrre effetti giuridici sta nella scarsa attenzione che le parti di un contratto dedicano alla redazione di tali clausole che, non a caso, sono definite anche "midnight clauses" in quanto vengono generalmente concordate al termine delle negoziazioni contrattuali. Sui preferibili criteri per la redazione di tali clausole si vedano BOND, *How to Draft an Arbitration Clause*, in *J. Int. Arb.*, 1989, 66 e ss., TOWNSEND, *Drafting Arbitration Clauses: Avoiding the 7 Deadly Sins*, in *Disp. Res. Journ.*, 2003, 1 e ss., DOAK BISHOP, *A Practical Guide for Drafting International Arbitration Clauses*, in *Int'l Energy L. & Tax'n Rev.*, 2000, 16 e ss., ROBERTS, *Drafting the Dispute Resolution Clause: the Midnight Clause*, reperibile all'indirizzo www.ciarbnigeria.org/media/documents/drafting_dispute_resolution_clause%5b1%5d.pdf.

valide ed efficaci alcune clausole arbitrali che difettavano di elementi essenziali, per l'analisi dei quali si rimanda al seguito di questo lavoro.

Al contrario, stando alla tesi di parte attrice, la clausola in esame avrebbe dovuto essere interpretata alla luce degli ordinari criteri d'interpretazione dei contratti, che impongono, nel diritto inglese ⁽³⁾, di ricercare la reale volontà delle parti senza mai, tuttavia, smentire il dato letterale. L'attore, pur riconoscendo che nella prassi si tende spesso a considerare vincolanti le clausole arbitrali patologiche, ha affermato che ciò non è possibile quando, come nel caso di specie, non risulti un obbligo vincolante per le parti di ricorrere all'arbitrato.

Il giudice ha sposato quest'ultima tesi ed ha affermato che la disposizione contrattuale in esame, prevedendo un mero tentativo di ricorrere all'arbitrato, non pone alcun obbligo in capo alle parti. Inoltre, tale clausola, non contenendo riferimenti al procedimento arbitrale da seguire, al meccanismo di nomina degli arbitri ed alla sede dell'arbitrato, rende impossibile qualsiasi tentativo del giudice di supplire alla lacunosità della disposizione. Essendo, infatti, la Svizzera divisa in cantoni, alla luce dell'incerta formulazione della clausola, non si è rivelato possibile neppure immaginare quale tra i vari cantoni avrebbe potuto essere identificato come sede dell'arbitrato.

In conclusione, il giudice ha affermato che la clausola in esame pone in essere un procedimento per gradi ("*multi tier*") in cui l'arbitrato costituisce solo un passaggio eventuale e precedente rispetto alla giurisdizione delle corti inglesi. Pertanto la richiesta di sospensione del processo in corso dinanzi alla High Court è stata respinta.

La decisione di Mr. Justice Cooke è di particolare interesse per gli studiosi dell'arbitrato internazionale giacché sembra mettere in discussione l'orientamento quasi costante della giurisprudenza inglese in merito all'interpretazione liberale delle clausole arbitrali patologiche e, di conseguenza, anche la portata applicativa del già citato art. II, comma 3, della Convenzione di New York. Quest'ultima norma, infatti, rimette alle corti nazionali la valutazione sull'inoperatività delle clausole arbitrali e, se da un lato non vieta un'interpretazione liberale delle convenzioni arbitrali ambigue e lacunose, d'altra parte consente anche un'interpretazione restrittiva delle stesse.

Se dunque — come si vedrà in seguito — la tendenza della prassi è quella di considerare efficaci clausole arbitrali dalla formulazione ambigua ed incerta, è legittimo chiedersi se la sentenza *Kruppa v. Benedetti* costituisca il punto di partenza per un mutamento di orientamento della giurisprudenza inglese rispetto all'interpretazione di clausole arbitrali patologiche.

⁽³⁾ V. ANDREWS, *Interpretation of Written Contracts in England*, reperibile all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2330312, 2013, 1 e ss.

La questione non riveste un interesse meramente teorico, in quanto la popolarità di Londra quale sede di importanti arbitrati internazionali è strettamente legata all'approccio di favore (si parla, a tal riguardo, di *favor arbitrati*) che le corti inglesi hanno assunto rispetto all'arbitrato, supportando e semplificando il ricorso a tale mezzo di risoluzione delle controversie anche in presenza di clausole arbitrali patologiche⁽⁴⁾. Inoltre, in considerazione della posizione d'avanguardia che la giurisprudenza inglese ha assunto rispetto a tutte le questioni concernenti l'arbitrato commerciale internazionale, è verosimile ritenere che un eventuale mutamento di approccio delle corti inglesi rispetto alla questione dell'interpretazione dei patti d'arbitrato verrà osservato con interesse (e probabilmente seguito come esempio) dagli operatori giuridici degli altri Stati.

La presente analisi si pone l'obiettivo di verificare la collocazione della sentenza *Kruppa v. Benedetti* nell'ambito della prassi, inglese e non solo, che interpreta alla luce del *favor arbitrati* le clausole arbitrali patologiche⁽⁵⁾.

Se, da un lato, sarà dimostrato che la decisione in esame si inserisce perfettamente nel filone giurisprudenziale che tende a fornire un'interpretazione liberale dei patti d'arbitrato ambigui e lacunosi, d'altra parte l'analisi della giurisprudenza delle corti che non hanno assunto un approccio guidato dal *favor arbitrati* rivelerà come la sentenza *Kruppa v. Benedetti* non condivida la linea argomentativa di quelle decisioni che hanno inteso restringere la giurisdizione arbitrale rispetto a quella delle corti interne. L'opinione secondo cui la sentenza non mette in discussione il principio del *favor arbitrati*, così come affermatosi nella giurisprudenza inglese ed in molti altri sistemi interni, sarà, infine, confermata attraverso il confronto della decisione in esame con le posizioni espresse in dottrina.

2. Come già anticipato, spesso i giudici tendono a considerare valide ed efficaci clausole arbitrali che contengono indicazioni minime rispetto al procedimento da seguire⁽⁶⁾; di conseguenza, il novero delle clausole

⁽⁴⁾ V. ZARRA, *Il ricorso alle anti-suit injunction per risolvere i conflitti di giurisdizione ed il ruolo dell'international comity*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2014, 561 e ss.

⁽⁵⁾ V. LEW, MISTELIS, KROLL, *International and Comparative Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, 154 e ss.. Si faccia riferimento agli stessi autori, p. 1 e ss., per l'analisi dell'evoluzione del principio del *favor arbitrati*. Si noti che i tribunali interni tendono a giudicare la questione in base al proprio diritto interno, ma questo non è l'unica possibile soluzione. V. BLESSING, *The Law Applicable to the Arbitration Clause*, in VAN DEN BERG, *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, The Hague, 1998, 168-188.

⁽⁶⁾ V. GRAVES, *Arbitration as Contract: the Need for a Fully Developed and Comprehensive Set of Statutory Default Legal Rules*, in *Wm & Mary Bus. L. Rev.*, 2011, 234. Con riferimento alla posizione delle corti inglesi, v. MERKIN, *Arbitration Law*, Londra, 2014, 87 e ss.. Analoga posizione è tenuta dagli arbitri internazionali che — in virtù del principio della kompetenz-kompetenz — si trovano a dover determinare la propria giurisdizione interpretando clausole

inoperanti a cui fa riferimento l'articolo II, comma 3, della Convenzione di New York risulterebbe limitato ai soli casi in cui è assolutamente impossibile risalire alla volontà delle parti di ricorrere all'arbitrato.

Quest'orientamento trova giustificazione nella presunzione per cui se le parti hanno fatto riferimento all'arbitrato, allora esse hanno inteso tale forma di risoluzione delle controversie come esclusiva (7). Infatti, le corti nazionali ritengono generalmente sufficiente, per declinare la propria giurisdizione, che dall'accordo tra le parti risulti chiaramente l'intenzione di ricorrere all'arbitrato e di vincolarsi alla decisione degli arbitri (8). Tale approccio è perfettamente riassunto in un inciso della Corte suprema inglese nel caso *Fiona Trust & Holding Corp v. Privalov* (9), in cui si afferma che "è ragionevole presumere che, nell'ambito commerciale, le parti, facendo riferimento all'arbitrato, non intendano conferire ai giudici nazionali il potere di esprimersi circa la validità del contratto, ma abbiano conferito tale potere ai soli arbitri. Alla luce di questa presunzione si ritiene opportuno interpretare liberalmente le clausole arbitrali contenute in un contratto". Quest'ultima presunzione assume un valore ancora maggiore ("special force") nel caso in cui la controversia rientri nell'ambito del commercio internazionale (10).

Il *favor arbitrati* si è manifestato innanzitutto nei casi in cui le parti abbiano fatto riferimento ad un'istituzione arbitrale inesistente o abbiano utilizzato un'espressione impropria nel riferirsi ad un'istituzione. A tal riguardo, è possibile affermare che "generalmente, il riferimento ad una particolare città, al tipo di controversia o ad un settore del mercato hanno permesso alle corti di risalire all'istituzione a cui le parti intendevano fare riferimento" (11).

A titolo di esempio, può essere menzionato un caso in cui, avendo le parti fatto riferimento alla "Corte internazionale di arbitrato ("Internationales Schiedsgericht") in Austria", la corte interna ha interpretato tale disposizione come un richiamo al centro di arbitrato internazionale istituito presso la Camera Federale Austriaca per l'Economia (12). Analogamente,

arbitrali patologiche. V. GAILLARD, SAVAGE, *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*, Leiden, 2009, 254 e ss..

(7) V. AUCHIE, *The liberal interpretation of defective arbitration clauses in international commercial contracts: a sensible approach?*, in *Int. Arb. Law Rev.*, 2007, 207.

(8) V. GRAVES, *op. cit.*, 236.

(9) House of Lords, 24 gennaio 2007, UKHL 40.

(10) V. US Court of Appeal for the 3rd Circuit, 26 giugno 2003, *China Minmetals Materials Import and Exp. Co. v. Chi Mei Corp.*, 334 F.3d 274, in cui si è affermato che "it is of course true that the FAA, of which the (New York) Convention is part, establishes a strong federal policy in favor of arbitration and that the presumption in favor of arbitration carries "special force" when international commerce is involved".

(11) LEW, MISTELIS, KROLL, *op. cit.*, 155.

(12) V. OLG Oldenburg, 20 giugno 2005, Schieds XZ, 223 e ss.

mente, nel caso *Asland v. European Energy Corp.* ⁽¹³⁾, in cui la clausola arbitrale faceva riferimento alla “*Official Chamber of Commerce*” di Parigi, la corte nazionale ha interpretato tale clausola come un indubbio riferimento alla Camera di Commercio Internazionale di Parigi.

Nel caso *HZI Research Center Inc. v. Sun Instruments Japan Co. Inc.* ⁽¹⁴⁾, invece, la clausola arbitrale non offriva indicazioni circa l’istituzione a cui far capo, ma faceva riferimento solo alla nomina di tre arbitri da scegliere tra i membri delle “*American or Japanese Arbitrator Society*”. Il giudice — sostenendo che la clausola arbitrale fosse valida ed efficace — ha interpretato la disposizione nel senso che le parti avessero inteso far riferimento ad un arbitrato *ad hoc* e conferito all’attore il diritto di scegliere una sede tra gli USA ed il Giappone.

Con riguardo ai casi in cui le parti hanno fatto riferimento ad un’istituzione arbitrale inesistente, si registrano anche sentenze che hanno interpretato le disposizioni contrattuali andando ben oltre il dato letterale e la volontà delle parti da questo desumibile. In questi ultimi casi, l’atteggiamento dei giudici è stato fortemente criticato in dottrina, in quanto arbitrario ed ingiustificato ⁽¹⁵⁾.

Nel caso *Lucky-Goldstar International (HK) Ltd. v. Ng Moo Kee Engineering Ltd* ⁽¹⁶⁾, la clausola arbitrale affermava che “qualsiasi controversia relativa al contratto avrebbe dovuto essere risolta in un paese terzo, secondo il diritto di tale paese terzo e nel rispetto delle regole procedurali dell’*International Commercial Arbitration Association*”. Il giudice ha dichiarato che tale disposizione costituisse un’efficace convenzione arbitrale in quanto, nonostante il mero riferimento alle regole procedurali di un’istituzione inesistente e l’ambiguo richiamo ad un paese terzo, da essa emergeva chiaramente l’intenzione delle parti di rimettere agli arbitri la decisione sulla propria controversia. Il giudice ha pertanto offerto una propria interpretazione dell’ambigua disposizione ed ha affermato che la scelta del paese terzo in cui l’arbitrato avrebbe dovuto

⁽¹³⁾ Tribunal de Grande Instance, Paris, 18 dicembre 1988, in *Rev. Arb.*, 1992, 673 e ss. Analoga decisione è stata presa da un tribunale arbitrale nel caso CCI n. 6709, in RUBINO SAMMARTANO, *International Arbitration, Law and Practice*, New York, 2014, 248, in cui si faceva riferimento alla “*Chamber of Commerce*” di Parigi, omettendo la parola “*international*”. Per una decisione contraria, si veda invece la determinazione degli arbitri nell’arbitrato CCI *Datel v. King*, 1987, in RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.*, 247. In quest’ultimo caso, l’assenza della parola “*international*” fu ritenuta fondamentale per il tribunale arbitrale che ha declinato la propria giurisdizione.

⁽¹⁴⁾ Southern District Court of New York, 19 settembre 1995, in *Mealey’s Rep.*, 1995, 11 e ss. Sulla stessa linea di pensiero v. Cour de Cassation, 14 dicembre 1983, *Epoux Convert v. Société Droga*, in *Rev. Arb.*, 1984, 483 e ss., US District Court of Connecticut, 13 aprile 2009, *Singleton v. Grade A Market, Inc.*, LEXIS 31026

⁽¹⁵⁾ V. AUCHIE, *op. cit.*, 210, FRY, *HKL Group Ltd v. Rizq International Holdings Pte. And HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte Ltd.*, in *Journ. Int. Arb.*, 2013, 453 e ss.

⁽¹⁶⁾ Supreme Court of Hong Kong, 5 maggio 1993, H.K.L.R., 73.

svolgersi era rimessa all'attore. La sentenza è stata fortemente criticata, oltre che per le conclusioni del tutto arbitrarie a cui giunge, perché il giudice non ha fornito alcuna spiegazione per l'orientamento assunto⁽¹⁷⁾.

Nel recente caso *HKL Group Co Ltd. v. Rizq International Holdings Pte Ltd.*⁽¹⁸⁾ la clausola arbitrale rimetteva le controversie tra le parti al "Comitato arbitrale di Singapore secondo le regole della CCI". Il giudice — offrendo una propria interpretazione della clausola — ha affermato che, nonostante il riferimento alla Camera di commercio internazionale e l'inesistenza del Comitato arbitrale di Singapore, le parti dovessero far riferimento al Singapore Arbitration Centre ed applicare le regole procedurali di quest'ultima istituzione. Anche questa decisione ha attratto molte condivisibili critiche in virtù dell'assenza di un adeguato percorso argomentativo nella decisione del giudice⁽¹⁹⁾.

Una tendenza di favore si è manifestata anche quando le parti hanno inserito, nella stessa clausola, un riferimento sia all'arbitrato che alla giurisdizione nazionale. In tutti questi casi, le corti interne hanno sempre cercato di dare priorità alla convenzione arbitrale, restringendo l'ambito di applicazione del riferimento alla giurisdizione interna alle sole circostanze di annullamento ed esecuzione del lodo arbitrale.

Ciò è accaduto, ad esempio, in un caso in cui la clausola arbitrale affermava che "in caso di controversie (*"dispute"*), le parti si impegnano a ricorrere all'arbitrato, ma in caso di contenziosi (*"litigation"*) il *Tribunal de la Seine* avrà giurisdizione esclusiva"⁽²⁰⁾. Allo stesso modo, nel caso *Sulamérica CIA Nacional de Seguros SA v. Enessa Engenharia SA*, lo stesso Mr. Justice Cooke (il medesimo giudice che ha redatto la sentenza che si commenta) ha dato priorità all'arbitrato nonostante la clausola disponesse sia per la giurisdizione esclusiva delle corti brasiliane che per un arbitrato a Londra. La decisione è stata giustificata sulla base della "*strong policy in favor of arbitration*" adottata nell'ordinamento inglese e dell'assunto per cui le parti, essendo operatori del commercio, intendono

⁽¹⁷⁾ V. AUCHIE, *op. cit.*, 210.

⁽¹⁸⁾ Singapore High Court, 22 marzo 2013, SGHCR 5.

⁽¹⁹⁾ V. FRY, *op. cit.*, 453.

⁽²⁰⁾ V. Tribunal de la Grande Instance de Paris, 1 febbraio 1979, in *Rev. Arb.* 1979, 339 e ss. V., invece, per il caso di clausole *multi-tier* che pongono l'arbitrato come ultimo *step* per la risoluzione della controversia, High Court, Queen's Bench Division, Commercial Court, 18 febbraio 1991, *Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Inc.*, 2 Lloyd's Rep. 125. Sul punto v. TOCHTERMANN, *Agreements to Negotiate in the Transnational Context-Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution*, in *Rev. dr. unif.* 2008, 685 e ss., PENGELLEY, *Conflicting Dispute Resolution Clauses: the Rule in Paul Smith Revisited*, reperibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1343989>, FLETCHER, *Kruppa v. Benedetti: When is an Agreement to Arbitrate Not an Agreement to Arbitrate? When It's an Agreement to Endeavour to Arbitrate*, reperibile all'indirizzo www.kluwerarbitrationblog.com.

sempre rivolgersi ad un solo giudice per la risoluzione delle proprie controversie (21).

Eguale, le corti nazionali hanno considerato valide ed efficaci alcune convenzioni arbitrali anche se queste difettavano di un elemento fondamentale, come la sede, il metodo di selezione degli arbitri e le modalità con cui le corti nazionali possono supplire alla mancata nomina ad opera di una parte (22). Lo stesso è accaduto quando le parti, intendendo, nell'opinione del giudice, fare riferimento all'arbitrato, avevano erroneamente fatto riferimento alla conciliazione, alla determinazione di un esperto o ad un arbitrato alternativo a conciliazione (23), così come nei casi in cui il linguaggio usato dalle parti non dava, a prima vista, certezze rispetto all'obbligatorietà del ricorso all'arbitrato (24).

Sebbene l'approccio assunto dai giudici nei precedenti riportati abbia, in nome del *favor arbitrati*, generalmente ottenuto il supporto degli operatori (25), la prassi rivela che, talvolta, i giudici hanno ritenuto valide ed efficaci alcune clausole arbitrali dalla formulazione vaga al punto da mettere in discussione l'esistenza del consenso a ricorrere all'arbitrato.

Nella pronuncia *David Wilson Homes v. Survey Services Ltd* (26), la Court of Appeal londinese ha ritenuto valida ed efficace una clausola che disponeva che "ogni controversia che emergerà dal presente contratto dovrà essere rimessa ad un Queen's Counsel of the English Bar che sarà concordato tra le parti [...] o, nel caso in cui tale accordo non possa essere raggiunto, al Chairman of the Bar Council". Sebbene in questo caso non si potesse determinare con certezza che le parti avessero inteso fare riferimento ad un arbitrato — escludendo ad esempio la determinazione di un esperto — la Corte d'appello ha affermato che la disposizione in esame costituiva un valido accordo arbitrale in quanto sarebbe stato irragionevole che le parti avessero introdotto un meccanismo di risolu-

(21) High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 16 maggio 2012, 1 Lloyd's Rep. 275. In questo caso il giudice ha anche emesso una *anti-suit injunction* volta ad impedire la prosecuzione del giudizio brasiliano che era stato contemporaneamente intentato. Tale provvedimento è stato anche sostenuto dalla Court of Appeal, 16 maggio 2012, EWCA Civ 638. Per una valutazione sull'opportunità di tali provvedimenti, v. ZARRA, *op. cit.*, 561 e ss.

(22) Per un'analisi di questi casi v. GOMEZ DOMINGUEZ, *Causes and Consequences of Faulty Arbitration Clauses*, in *Estud. Socio-Jurid. de Bogotá*, 2007, 122. V. anche RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.*, 247 e ss.

(23) V. MALEVILLE, "Pathological" arbitration clauses, in *Int. Bus. L. Journ.*, 2000, 70 e ss.. Per una rassegna completa dei vizi che possono riguardare le clausole arbitrali, si veda TOWNSEND, *op. cit.*, 1 e ss..

(24) Ciò è accaduto, ad esempio, dinanzi all'Ontario Court of Appeal, 8 luglio 1999, *Canadian National Railway Co. v. Lovat Tunnel Equipment Inc.*, 174 DLR 385, in cui si è ritenuta valida ed efficace una clausola che affermava "the parties may refer any dispute to arbitration". Per il nuovo approccio delle corti canadesi v. nota 37.

(25) V. LEW, MISTELIS, KROLL, *op. cit.*, 155, BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN, HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009, 146 e ss.

(26) Court of Appeal, 18 gennaio 2001, EWCA Civ 34, CA.

zione delle controversie che avrebbe impedito loro di ottenere una decisione vincolante.

La stessa Court of Appeal, nel caso *Hobbs Padgett & Co. (Reinsurance) Ltd. v. J.C. Kirkland Ltd.* ⁽²⁷⁾ ha affermato che la sola disposizione “*suitable arbitration clause*”, la cui presenza nel contratto rappresentava evidentemente un rifiuto, costituisse un valido ed efficace accordo arbitrale. Stando all’opinione del giudice, nonostante la formulazione lacunosa, era infatti chiaro che le parti avessero inteso escludere la giurisdizione delle corti statali. Stando all’opinione del giudice, l’uso della parola “*suitable*” è volto ad indicare una forma di arbitrato che un ragionevole operatore del mercato potrebbe ritenere adeguata per la controversia. Pertanto, ove una delle parti si fosse rifiutata di nominare il proprio arbitro, ciò sarebbe stato fatto dalla Corte alla luce dell’English Arbitration Act.

Va tuttavia evidenziato che, dall’analisi complessiva della prassi in materia di interpretazione degli accordi arbitrali, emerge chiaramente che i precedenti appena citati (così come i casi *Lucky Goldstar* e *HKL* sopra riportati) non costituiscono altro che una sporadica eccezione rispetto all’approccio della giurisprudenza maggioritaria, per la quale, prima di poter conferire efficacia ad una convenzione arbitrale patologica, è necessario verificare l’esistenza di un reale vincolo a ricorrere all’arbitrato; come è stato correttamente affermato, “anche un ordinamento fortemente a favore di tale mezzo di risoluzione delle controversie non potrà conferire effetti ad una clausola che non contiene un accordo arbitrale vincolante” ⁽²⁸⁾.

Ove il consenso sia effettivamente ravvisabile, in virtù del primato che va attribuito alla volontà delle parti nell’interpretazione di un contratto, appare giustificabile l’orientamento delle corti nazionali che hanno assunto un ruolo attivo e suppletivo rispetto all’ambigua formulazione della convenzione arbitrale posta in essere dalle parti. Questa posizione è stata chiaramente e costantemente espressa dalla giurisprudenza svizzera ⁽²⁹⁾ e da quella statunitense ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Court of Appeal, 18 luglio 1969, *Hobbs Padgett & Co. (Reinsurance) Ltd. v. J.C. Kirkland Ltd.*, 2 Lloyd’s Rep, 547 CA.

⁽²⁸⁾ V. SIVAKUMAR, *Non-mandatory arbitration clauses are also pathological*, 2013, reperibile all’indirizzo <http://blog.mylaw.net/non-mandatory-arbitration-clauses-are-also-pathological/>.

⁽²⁹⁾ V. SCHERER, MOSS, *A primer on pathological arbitration clauses in Swiss law*, reperibile all’indirizzo www.kluwerarbitrationblog.com. L’autore ha spiegato come “as long as such provisions do not relate to essential elements of the arbitration agreement, such as the binding submission of disputes to an arbitral tribunal, courts will not in and themselves lead to its invalidity”. Per un esempio del genere si veda Swiss Tribunal Federal, 7 novembre 2011, caso 4A_246/2011, reperibile all’indirizzo <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/7%20novembre%202011%204A%20246%202011.pdf>. Per un esempio di caso in cui non si è ravvisata l’esistenza di un accordo di arbitrato vincolante v. Swiss Tribunal Federal, 25 ottobre 2010, caso 4A_279/2010, reperibile all’indirizzo www.swissarbitrationdecisions.com/validity-of-

Tale orientamento appare giustificato soprattutto in virtù della natura consensuale dell'arbitrato come mezzo di risoluzione di controversie. Infatti, se è vero che la stessa esistenza di un arbitrato è naturalmente connessa ad una statuizione delle parti in cui si esclude la giurisdizione delle corti nazionali, è altresì vero che, affinché le corti nazionali possano declinare la propria giurisdizione, tale accordo debba esistere al di là di ogni ragionevole dubbio, a prescindere dal fatto che la volontà di ricorrere all'arbitrato sia stata espressa in modo errato o incompleto.

Quest'approccio appare coerente anche con quanto espresso nell'art. II, comma 3, della Convenzione di New York, che — facendo riferimento alla sussistenza di un accordo arbitrale — presuppone, affinché le corti interne declinino la propria giurisdizione, l'esistenza di un consenso validamente espresso. L'atteggiamento dei giudici che hanno rinviato le parti ad arbitrato nonostante l'impossibilità di accertare l'esistenza del consenso appare dunque, in ultima analisi, contrario alla stessa Convenzione di New York.

Non sembra casuale, quindi, l'approccio restrittivo che i giudici nazionali hanno assunto in sede di esecuzione⁽³¹⁾ di lodi derivanti da convenzioni d'arbitrato patologiche⁽³²⁾. Il riferimento va, in particolare, ad una decisione della Corte d'Appello di Firenze⁽³³⁾, che ha negato l'esecuzione di un lodo arbitrale emesso a Londra in quanto ha ritenuto che la clausola arbitrale, che recitava "*Eventual arbitration to be performed in London according to English law*", non costituisse un valido ed efficace accordo arbitrale. L'uso dell'ambigua formulazione "*eventual arbitration*" non costituisce prova del consenso tra le parti a riferire ad arbitrato la soluzione delle possibili controversie che avrebbero potuto sorgere tra loro e — di conseguenza — l'esecuzione del lodo sarebbe risultata contraria al disposto della Convenzione di New York.

pathological-arbitration-clause-rightly-denied-by-sw/ in cui la clausola arbitrale prevedeva "*binding arbitration through the American Arbitration Association or to any other US court*".

⁽³⁰⁾ V. GRAVES, *op. cit.*, 234.

⁽³¹⁾ Ai fini della presente trattazione, merita particolare attenzione la disposizione dell'art. V, comma 1, lettera a). In particolare, tale norma dispone che "*Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza saranno negati, a domanda della parte contro la quale la sentenza è invocata, unicamente qualora essa fornisca all'autorità competente del paese, ove sono domandati il riconoscimento e l'esecuzione, la prova che: a) le parti nella convenzione di cui all'articolo II, erano, secondo la legge loro applicabile, affette da incapacità, o che la detta convenzione non è valida, secondo la legge alla quale le parti l'hanno sottoposta o, in mancanza d'una indicazione a tale riguardo, secondo la legge del paese dove la sentenza è stata emessa*". V. NACIMIENTO, *Article V(1)(a)*, in KRONKE, NACIMIENTO (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary*, The Hague, 2010, 205 e ss.

⁽³²⁾ A tal riguardo, si rammenta che l'art. IV della Convenzione di New York impone a colui che chiede l'esecuzione del lodo arbitrale la presentazione al giudice dell'esecuzione di un valido accordo arbitrale.

⁽³³⁾ Corte d'appello di Firenze, 27 gennaio 1988, in *Yearbook Commercial Arbitration Volume XV*, The Hague, 1990, 496-497.

In presenza di una convenzione d'arbitrato dalla formulazione incerta, anche la Corte d'appello statunitense per il nono circuito non ha ritenuto possibile dare esecuzione ad un lodo arbitrale precedentemente emesso ⁽³⁴⁾. La clausola, infatti, disponeva che “*In case of failure to settle the mentioned disputes by means of negotiations they should be settled by means of arbitration at the defendant's side*” ed i giudici non hanno ritenuto che tale formulazione, ed in particolare il verbo “*should*”, costituisse una indubbia espressione di consenso a favore dell'arbitrato.

Alla luce di quanto esposto, l'analisi operata da Mr. Justice Cooke nel caso *Kruppa v. Benedetti* sembra collocarsi nel solco della giurisprudenza maggioritaria ed appare dunque corretta nell'affermare che la clausola arbitrale sottoposta al suo esame non contenga alcun riferimento all'obbligatorietà per le parti del ricorso all'arbitrato. Infatti, l'utilizzo della forma verbale “*will endeavour*” depone chiaramente nel senso dell'assenza di qualsiasi forma di accordo fra le parti rispetto alla possibilità di utilizzare l'arbitrato come mezzo di risoluzione delle controversie ⁽³⁵⁾. Se il giudice avesse rinviato la causa ad arbitrato, ciò non avrebbe trovato valido fondamento nella volontà delle parti così come risultante dal contratto ed, in ultima analisi, avrebbe costituito una violazione del disposto dell'art. II, comma 3, della Convenzione di New York.

Non sembra, pertanto, che la sentenza in esame ponga in discussione il principio del *favor arbitrati* così come costantemente riconosciuto dalle corti nazionali nell'ambito di controversie commerciali internazionali. Infatti, la disposizione in esame non sembra altro che una clausola di scelta del foro in cui si prevede un mero tentativo, non obbligatorio, di ricorrere all'arbitrato. Non sembra dunque azzardato parlare, nel caso di specie, di vera e propria inesistenza del patto d'arbitrato ⁽³⁶⁾, piuttosto che di una clausola arbitrale dalla formulazione incerta ed ambigua.

3. Da un confronto tra le argomentazioni utilizzate da Mr. Justice Cooke e la prassi di quegli ordinamenti che applicano il *favor arbitrati* in modo restrittivo è possibile ottenere un'ulteriore conferma di quanto appena affermato.

Tra gli ordinamenti che adottano una concezione limitata di *favor arbitrati*, e che — conseguentemente — interpretano restrittivamente l'art. II, comma 3, della Convenzione di New York, la prima posizione a venire

⁽³⁴⁾ V. US Court of Appeals for the Ninth Circuit, 28 settembre 2010, *Polimaster Ltd. v. RAE Systems, Inc.*, 08-15708, 09-15369.

⁽³⁵⁾ La clausola in esame ricorda le cd. clausole arbitrali non complete che si erano affermate nel diritto internazionale pubblico prima dell'avvento della Corte Permanente di Giustizia Internazionale. Sul punto v. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2013, 451-458. Nel caso di specie, tuttavia, il vincolo gravante sulle parti è ancora più sfumato, in quanto non si ravvisa neppure l'obbligo *de contrahendo* esistente nelle clausole arbitrali non complete.

⁽³⁶⁾ V. ATTERITANO, *op. cit.*, 133-135.

in rilievo è quella della Corte suprema canadese. Tale organo ha negli anni più recenti assunto un orientamento da cui si evince “un forte scetticismo nel conferire una legittimazione all’arbitrato”⁽³⁷⁾. Se nel caso *Seidel v. TELUS Communications Inc.*⁽³⁸⁾, i giudici si sono limitati ad affermare che “il ruolo della Corte non è né di incentivare né di ostacolare il ricorso all’arbitrato, quale procedimento privato e riservato” nella più recente sentenza *Hryniak v. Mauldin*⁽³⁹⁾ la Corte ha assunto un orientamento di netto sfavore nei riguardi dell’arbitrato. E’ stato infatti affermato che “in alcuni consessi, l’arbitrato — come mezzo privato di risoluzione delle controversie — è sempre più spesso visto come una valida alternativa ai lenti procedimenti interni. Tuttavia l’arbitrato non costituisce la soluzione a tutti i problemi, in quanto la circostanza per cui le parti non facciano riferimento ad una corte interna compromette l’applicazione del diritto (“rule of law”) e lo sviluppo del *common law*”.

Allo stesso modo, le corti scozzesi hanno sempre interpretato le convenzioni arbitrali alla luce degli ordinari criteri d’interpretazione dei contratti, senza partire dal presupposto per cui, alla luce del *favor arbitrati*, debba essere conferita efficacia a tali accordi ogni qual volta ciò risulti possibile⁽⁴⁰⁾. Nella sentenza *ERDC Construction Ltd v. HM Love & Co*⁽⁴¹⁾, il giudice ha affermato che “non vi è alcuna necessità di far ricorso ad un’interpretazione liberale della clausola arbitrale; ciò che la corte deve fare è determinare, alla luce della terminologia usata nel contratto, qual era l’intenzione delle parti nel momento in cui esse hanno stipulato il contratto”. Tale approccio si ritrova anche nel caso *Bruce v. Kordula*⁽⁴²⁾, in cui la clausola arbitrale disponeva che “eventuali controversie [...] devono essere giudicate da un arbitro scelto da entrambe le parti, o, in caso di assenza di accordo tra le stesse, nominato dal Rettore della *Faculty of Arbiters* su richiesta di una parte”. Da questa clausola è evidente che, nonostante l’ambiguità e l’incertezza della terminologia utilizzata dalle parti, vi fosse una chiara intenzione di far sì che la controversia non fosse decisa dalle corti nazionali. In tali circostanze, secondo un approccio guidato dal *favor arbitrati*, tale patto d’arbitrato avrebbe potuto essere considerato efficace. Il giudice ha invece affermato che “nel presente caso

⁽³⁷⁾ V. BACHAND, *Favor Arbitrandum and the Supreme Court of Canada: More Red Flags*, reperibile all’indirizzo www.kluwerarbitrationblog.com.

⁽³⁸⁾ Supreme Court of Canada, 18 marzo 2011, 2011 SCC 15, reperibile all’indirizzo <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7927/index.do?r=AAAAAQAKZGVzCHV0ZWFlAAAAAB>

⁽³⁹⁾ Supreme Court of Canada, 23 gennaio 2014, 2014 SCC 7, reperibile all’indirizzo <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13427/index.do?r=AAAAQAHBWF1bGRpbGAAAAAB>.

⁽⁴⁰⁾ V. AUCHIE, *op. cit.*, 211.

⁽⁴¹⁾ Court of Session, 26 luglio 1996, 1995 S.L.T. 254.

⁽⁴²⁾ Court of Session, 15 maggio 2011, 4 Int ALR N-6 (2002).

vi è una totale ed irrisolvibile incertezza sull'autorità a cui si fa riferimento" e pertanto non ha conferito efficacia alla clausola arbitrale.

Anche le corti italiane hanno adottato un approccio non sempre di favore rispetto alle clausole arbitrali dalla formulazione ambigua. A tal riguardo, è necessario ricordare che, con la riforma operata con legge n. 40 del 2006, il legislatore italiano ha introdotto nel codice di procedura civile l'art. 808 *quater*, il quale dispone che "nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce" ⁽⁴³⁾.

Ad una lettura della disposizione, appare tuttavia chiaro che essa ha una portata molto limitata rispetto alla variegata casistica esaminata in precedenza e rispetto alla quale la giurisprudenza interna di molti Stati si è mostrata molto aperta nell'ottica del *favor arbitrati*. L'art. 808 *quater*, infatti, consente solo di interpretare estensivamente le clausole arbitrali la cui portata applicativa non sia espressa chiaramente dalle parti. Inoltre, come è stato osservato in dottrina ⁽⁴⁴⁾, il criterio interpretativo posto in essere dalla norma in esame potrà entrare in gioco solo sussidiariamente rispetto all'applicazione delle norme del Codice civile sull'interpretazione dei contratti. Ciò vuol dire che, ove il giudice ravvisi, anche implicitamente, che le parti abbiano inteso restringere la portata applicativa della convenzione arbitrale, egli non darà applicazione al criterio del *favor* nell'interpretazione della clausola. È inoltre dubbia l'applicabilità della disposizione in esame ai casi in cui vi siano più contratti collegati ma solo uno di essi contenga una convenzione d'arbitrato ⁽⁴⁵⁾.

Non è un caso che la giurisprudenza di merito, confermando un orientamento assunto dalla Cassazione prima della riforma del 2006 ⁽⁴⁶⁾, abbia recentemente confermato che "nel caso in cui un contratto contenga sia una clausola compromissoria, sia una clausola che individua in via esclusiva la competenza di un determinato foro, insorge un dubbio sul-

⁽⁴³⁾ È comune opinione che tale norma abbia consentito l'ingresso nell'ordinamento italiano del principio del *favor arbitrati* nell'interpretazione delle convenzioni arbitrali. V. CARAMASCHI, *La clausola compromissoria*, in *Il Civilista*, ottobre 2007, 52 e ss., TEDIOLI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Studium Iuris*, 2007, 139 e ss..

⁽⁴⁴⁾ CONFORTINI, *La clausola compromissoria*, in ALPA, VIGORITI, *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto procedurale*, Torino, 2013, 726 e ss.

⁽⁴⁵⁾ V. FRIGNANI, *The application of the New York Convention by Italian Courts*, in questa *Rivista*, 2014, 317-318. Tale autore fa riferimento all'interpretazione restrittiva assunta da Cass., 28 luglio 1998, n.7398, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 319.

⁽⁴⁶⁾ Cass., 15 febbraio 2002, n. 2208, reperibile all'indirizzo www.ilcaso.it, in cui si è affermato che "stante l'eccezionalità della deroga alla competenza del giudice ordinario a favore di quella degli arbitri, la clausola compromissoria, per essere valida, deve essere formulata in maniera tale da non lasciare margini di ambiguità o di incertezza in ordine alla volontà delle parti di devolvere agli arbitri la competenza a decidere delle controversie nascenti dal contratto. Non risponde a tale requisito il contratto che preveda o anche una clausola volta a stabilire la competenza di un determinato foro".

l'effettiva volontà delle parti di deferire la causa agli arbitri, con la conseguenza che, in caso di incertezza, deve darsi la prevalenza alla competenza del giudice ordinario" (47).

Anche con riguardo alla questione dell'errata individuazione dell'istituzione arbitrale nell'ambito della convenzione d'arbitrato, infine, la giurisprudenza italiana si è spesso limitata a prendere atto dell'inesistenza dell'istituzione a cui si era fatto riferimento e non ha quindi rinviato le parti ad arbitrato (48).

La prassi esaminata rivela che, negli ordinamenti nazionali che non adottano il *favor arbitrati* nella sua concezione più ampia, la giurisprudenza sembra sempre partire dal presupposto per cui la giurisdizione degli arbitri è un'eccezione rispetto a quella statale e — pertanto — il ricorso all'arbitrato non deve essere incentivato dai giudici interni attraverso un'interpretazione liberale delle convenzioni arbitrali patologiche.

Al contrario, nella sentenza *Kruppa v. Benedetti*, il giudice ha espressamente confermato che “nei casi in cui le parti facciano riferimento a più organi giudicanti — in particolare gli arbitri e le corti nazionali — è necessario cercare un'interpretazione che possa conciliare le due disposizioni”. Tale interpretazione, stando a quanto affermato anche nel citato caso *Sulamérica CIA Nacional de Seguros SA v. Enessa Engenharia SA* deve sempre partire dal presupposto della “*strong policy in favor of arbitration*” presente nell'ordinamento e quindi conferire efficacia alla clausola arbitrale a discapito dell'indicazione della corte nazionale. A questo punto, e solo dopo aver precisato la necessità di non distaccarsi dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario, il giudice ha posto in essere un'operazione di *distinguishing* ed ha spiegato che — alla luce della totale assenza di manifestazione della volontà delle parti — non è possibile in questo caso conferire efficacia alla convenzione arbitrale.

Non sembra, in conclusione, che la sentenza *Kruppa v. Benedetti* possa essere assimilata agli orientamenti di quei sistemi giuridici che applicano una concezione ristretta del *favor arbitrati*.

4. Per quanto concerne gli orientamenti della dottrina in merito all'interpretazione delle clausole arbitrali patologiche, si registra — così come nella giurisprudenza — una notevole spaccatura tra coloro i quali partono da una presunzione di validità di queste disposizioni contrattuali e quelli che invece propendono per un'interpretazione restrittiva di tali clausole. Si rileva, poi, una corrente intermedia che prova a giustificare una lettura liberale delle convenzioni arbitrali patologiche alla luce delle stesse norme sull'interpretazione dei contratti.

(47) Tribunale di Milano, 10 settembre 2012, reperibile all'indirizzo www.ilcaso.it.

(48) V., anche per la giurisprudenza ivi citata, FRIGNANI, *op. cit.*, 307-310.

In linea generale, può concordarsi con chi ha fatto riferimento al *favor arbitrati* nell'interpretazione delle convenzioni arbitrali patologiche come una “*double edged sword*”⁽⁴⁹⁾. Infatti, se da un lato l'attribuzione di effetti giuridici alla, seppur errata ed incompleta, manifestazione di volontà delle parti può rispondere ad un interesse di queste ultime, dall'altro lato un simile approccio parte dal presupposto, non necessariamente corretto, che l'intenzione delle parti sia sempre quello di preferire l'arbitrato alla giurisdizione nazionale.

Con riguardo al primo orientamento emerso in dottrina, esso ritiene che gli accordi arbitrali vadano sempre interpretati estensivamente⁽⁵⁰⁾. La ragione per un tale approccio starebbe nell'applicazione della presunzione per cui un operatore del mercato ragionevole non può aver inteso rimettere la propria controversia a più di un solo organo giudicante.

Quest'orientamento non è stato esente da critiche⁽⁵¹⁾. In particolare, si è rilevato che esso è arbitrario e spesso ingiustificato, in quanto privo di fondamento giuridico. Infatti, se è vero che le convenzioni arbitrali sono normali disposizioni contrattuali, la legge impone che esse siano interpretate alla luce degli ordinari criteri di interpretazione dei contratti, così come di volta in volta applicabili⁽⁵²⁾. Tali critiche sembrano condivisibili giacché gli autori che sposano la tesi precedentemente citata semplicemente omettono di far riferimento alle regole civilistiche sull'interpretazione dei contratti. Una lettura liberale dei patti d'arbitrato sarebbe dunque giustificabile alla luce del solo *favor arbitrati*, senza tuttavia trovare una giustificazione nel diritto positivo.

D'altra parte non sembra condivisibile neppure l'opinione di chi parte dal presupposto di dover necessariamente interpretare restrittivamente le clausole arbitrali. Tale approccio si basa sulla considerazione per cui — essendo l'arbitrato un'eccezione rispetto alla giurisdizione delle corti nazionali — l'esistenza di una rinuncia all'essenziale diritto di essere giudicati presso un tribunale pubblico deve essere accertata al di là di ogni ragionevole dubbio⁽⁵³⁾. Tuttavia, come è stato correttamente rilevato, se è vero che l'arbitrato è oggi considerato in molti ordinamenti nazionali

⁽⁴⁹⁾ GRAVES, *op. cit.*, 238.

⁽⁵⁰⁾ JOSEPH, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, Maastricht, 2010, 110 e ss., AMERASINGHE, *Jurisdiction Ratione Personae Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, in *Brit. Yearb. Int. L.*, 1974-1975, 227, 267, KARRER, KALIN-NAUER, *Is There a Favor Iurisdictionis Arbitri? — Standards of Review of Arbitral Jurisdiction Decisions in Switzerland*, in *Journ. Int. Arb.*, 1996, 31 e ss.

⁽⁵¹⁾ V., tra gli altri, GAILLARD, SAVAGE, *op. cit.*, 261, AUCHIE, *op. cit.*, 208 e ss.

⁽⁵²⁾ V. SUTTON, GILL, GEARING, *Russell on Arbitration*, Maastricht, 2007, 48 e ss., AUCHIE, *op. cit.*, 208. BEALE, *Chitty on Contracts*, Maastricht, 2012, 2900 e ss., STEMPEL, *Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium: The Return of Unconscionability Analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism*, in *Ohio St. Journ. On Disp. Res.*, 2003-2004, 764, MALAGA, *Defecting Arbitration Clauses*, reperibile all'indirizzo www.kluwerarbitrationblog.com.

⁽⁵³⁾ Tale opinione è stata espressa da AUCHIE, *op. cit.*, 208.

come perfettamente alternativo alla giurisdizione nazionale, un'interpretazione necessariamente restrittiva delle convenzioni d'arbitrato non sarebbe coerente con il crescente ruolo che l'arbitrato ha assunto nell'ambito dei meccanismi per la soluzione di controversie commerciali internazionali⁽⁵⁴⁾.

Tra le varie opinioni espresse, persuasiva appare quella di chi⁽⁵⁵⁾, per giustificare il *favor arbitrati*, pur riconoscendo la necessità di interpretare le clausole arbitrali patologiche secondo gli ordinari criteri di interpretazione contrattuale, ha fatto riferimento al criterio di “*effective interpretation*”. In virtù di tale principio, tra due significati attribuibili ad una clausola, bisogna sempre guardare a quello che ne garantisce l'efficacia. Secondo l'opinione di tali autori, che sembra collocarsi in una posizione intermedia rispetto a quelle precedentemente citate, il criterio interpretativo dell'interpretazione effettiva può essere classificato alla stregua di un “*universally recognised rule of interpretation*”, in quanto riconosciuto da molti ordinamenti statali⁽⁵⁶⁾, così come nell'ambito di corpi normativi transnazionali come i principi Unidroit⁽⁵⁷⁾. Tale forma di interpretazione è stata inoltre adottata in numerose pronunce arbitrali e nazionali⁽⁵⁸⁾. Oltre che per la vasta applicazione, ci sembra che il principio dell'interpretazione effettiva rappresenti ad oggi la migliore sintesi possibile delle posizioni espresse dalla prassi statale in merito al principio del *favor arbitrati*. Se da un lato, infatti, è vero che gli Stati tendono sempre più a riconoscere all'arbitrato un ruolo di primo piano tra i mezzi di risoluzione di controversie internazionali commerciali, è altresì corretto che il fondamento giuridico dell'approccio giurisprudenziale che interpreta con favore i patti d'arbitrato venga ricercato in una norma giuridica. È dunque rimesso al giudice il compito di conferire efficacia alle convenzioni arbitrali patologiche, sempreché ci si muova nei limiti di ciò che è permesso dal diritto, ossia nell'ambito dei possibili significati desumibili dalla terminologia utilizzata nel patto d'arbitrato.

Premettendo che nella sentenza *Kruppa v. Benedetti* non si fa menzione di alcuno dei succitati orientamenti, un'analisi accurata del provvedimento rivela che l'approccio assunto da Mr. Justice Cooke è perfettamente conforme al criterio interpretativo dell'interpretazione effettiva

⁽⁵⁴⁾ V. GAILLARD, SAVAGE, *op. cit.*, 260, LEW, MISTELIS, KROLL, *op. cit.*, 17 e ss., BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN, HUNTER, *op. cit.*, 1 e ss.

⁽⁵⁵⁾ GAILLARD, SAVAGE, *op. cit.*, 254 e ss..

⁽⁵⁶⁾ V., a titolo di esempio, art. 1156 del Codice civile francese, art. 1367 del Codice civile italiano, art. 23 del Codice cecoslovacco del commercio internazionale.

⁽⁵⁷⁾ V. principio 4.5 dei Principi Unidroit nei contratti internazionali.

⁽⁵⁸⁾ V., tra gli altri, lodo CCI 1434, 1975, in *Journ. de Droit Int.*, 1976, 979-980, Cour d'Appel de Paris, 5 maggio 1989, *BKMI Industrieanlagen GmbH v. Dutco Construction Co. Ltd.*, in *Rev. Arb.*, 1989, 723, con nota di BELLET. Per ulteriori precedenti, v. GAILLARD, SAVAGE, *op. cit.*, 259, nota 85.

appena esposto. Infatti, come già detto, il giudice ha chiarito che se è vero che in presenza di accordi arbitrali ambigui debba essere ricercata una soluzione interpretativa che privilegi il ruolo dell'arbitrato rispetto a quello delle corti interne, è altresì vero che lo stesso giudice non è autorizzato a desumere da un contratto più di quanto le parti abbiano — esplicitamente o implicitamente — lasciato emergere dal testo di quel contratto. Nel caso di specie, l'uso della formula verbale “*will endeavour to resolve the matter through Swiss arbitration*” non lascia spazio ad un'interpretazione diversa da quella operata da Mr. Justice Cooke.

5. Il principio del *favor arbitrati*, secondo cui le convenzioni arbitrali devono essere — per quanto possibile — interpretate nel senso di conferire efficacia al riferimento all'arbitrato operato dalle parti, è tuttora fortemente radicato nella giurisprudenza interna di molti Stati. L'esistenza di una “*strong policy in favor of arbitration*” non deve, tuttavia, consentire che anche disposizioni contrattuali da cui non emerge (esplicitamente o implicitamente) la volontà delle parti di fare ricorso all'arbitrato siano considerate alla stregua di validi ed efficaci accordi arbitrali. Come è stato dimostrato in precedenza, infatti, è lo stesso art. II, comma 3, della Convenzione di New York che, facendo riferimento all'esistenza di un accordo arbitrale quale presupposto in presenza del quale le corti interne devono negare la propria giurisdizione, sembra presupporre la verifica della sussistenza di un reale vincolo, per le parti, di ricorrere all'arbitrato.

La decisione nel caso *Kruppa v. Benedetti* sembra perfettamente inserirsi nel filone giurisprudenziale maggioritario che tende ad interpretare estensivamente le clausole arbitrali patologiche, partendo però sempre dalla ricerca dell'effettiva volontà delle parti. Se da un lato, infatti, il giudice, posta l'impossibilità di risalire alla volontà delle parti di vincolarsi all'arbitrato, non ha conferito efficacia alla lacunosa disposizione contrattuale sottoposta al suo esame, d'altra parte, l'analisi del provvedimento rivela che esso non adotta criteri interpretativi più restrittivi rispetto a quelli adottati dalla prassi maggioritaria nell'interpretazione di clausole arbitrali patologiche.

La sentenza esaminata sembra, infine, perfettamente giustificabile alla luce dell'opinione della corrente dottrina che propende per la giustificazione del *favor arbitrati* attraverso il criterio dell'interpretazione effettiva delle disposizioni contrattuali. Tale approccio, in ultima analisi, è rispettoso ed attuativo della necessità di trovare un fondamento nel diritto positivo per l'interpretazione liberale di clausole arbitrali patologiche che viene operata dalla prassi di molti Stati.

GIOVANNI ZARRA