

# PROSPETTIVE D'INDAGINE E SPUNTI COMPARATISTICI CONSIDERANDO LA "LEGGE SULL'ARBITRATO" BRASILIANA ANCHE DOPO LA NOVELLA DEL 2015.

*Antonio Briguglio*

*Professore ordinario nella Università di Roma Tor Vergata*

**SOMMARIO:** 1 Il diritto dell'arbitrato brasiliano ed il suo nuovo assetto; una chiave di lettura comparatistica: il favor arbitrati e la limitazione dell'intervento del giudice statale nella vicenda arbitrale; 2 Ritardi ed approdi recenti del diritto brasiliano: lodi parziali; termine di pronuncia del lodo; 3. Segue: questioni pregiudiziali non compromettibili; arbitrato su liti societarie e pluralità di parti; pubblica amministrazione ed arbitrato; 4 Il diritto brasiliano all'avanguardia: le misure cautelari arbitrali; 5 "Assistenza non interferenza" del giudice statale: il retaggio storico della "formalizzazione giudiziale del compromesso"; 6 Segue: controllo sulla indipendenza dell'arbitro ed assunzione di prove; 7 Segue: sindacato impugnatorio; 8 Assenza di omologazione e possibilità comunque di "doppio controllo" interno del lodo nel sistema brasiliano; confronto con altri modelli (Italia, Francia, Austria, Germania, Legge Uncitral); il giudicato arbitrale comparatisticamente ad "assetto variabile".

## **1 IL DIRITTO DELL'ARBITRATO BRASILIANO ED IL SUO NUOVO ASSETTO; UNA CHIAVE DI LETTURA COMPARATISTICA: IL FAVOR ARBITRATI E LA LIMITAZIONE DELL'INTERVENTO DEL GIUDICE STATALE NELLA VICENDA ARBITRALE**

Nel corso dell'anno appena concluso, il diritto brasiliano dell'arbitrato ha conosciuto una significativa risistemazione ad opera della Lei n. 13.129 del 26 maggio 2015 che ha novellato la precedente "sull'arbitrato" n.9307 del 23 settembre 1996<sup>1</sup>, mediante la quale la disciplina dell'arbitrato era stata tratta fuori dal codice di procedura civile.

Ma nello stesso 2015 il Brasile si è munito di un nuovo codice di rito civile in sostituzione del precedente che risaliva al 1973<sup>2</sup>. Alcune disposizioni del nuovo c.p.c. del 2015 riguardano indirettamente o direttamente l'arbitrato in modo tutto sommato marginale.

Ad esempio si è chiarito definitivamente ed espressamente il regime della eccezione di compromesso innanzi al giudice statale: essa va proposta nella prima difesa a pena di decadenza, importando la mancata proposizione rinuncia al diritto all'arbitrato (art. 337).

Si sono precisate alcune modalità del processo esecutivo fondato sul lodo arbitrale (art. 515).

Si è chiarito che la "confidenzialità" della vicenda arbitrale si estenderà, in luogo della "pubblicità" caratteristica del processo statale, anche a tutti i procedimenti giudiziari ausiliari dell'arbitrato, sempre che le parti provino di aver pattuito la confidenzialità per l'arbitrato (art. 189, c. IV).

Si è sancita espressamente risolvendo qualche dubbio residuo - quanto al riconoscimento del lodo estero - la prevalenza della disciplina della "Legge sull'arbitrato" e delle convenzioni internazionali (New York in primo luogo) sulla disciplina delibatoria di diritto processuale comune (art. 960).

Le modifiche più significative, tuttavia, sono quelle apportate, sempre nel 2015, alla Legge organica sull'arbitrato del 1996, ed è di questa nel suo complesso e quale ora risultante che dobbiamo occuparci.

---

1 Vedila in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, 215 ss.

2 Il c.p.c. brasiliano del 1973 è stato pubblicato in Italia, nella collana "Ricerche sul Processo" (Rimini, 1988) diretta da N. Picardi, con mia traduzione e redazione.

Le chiavi di lettura comparatistica che scelgo – come Cyrano sceglieva le rime – sono abbastanza scontate (come se scegliessi “cuore/amore”) ma qui particolarmente interessanti: il *favor arbitrati*, ed in particolare la limitazione dell’intervento del giudice statale nella vicenda arbitrale quale particolare sintomo di *favor*:

Come sovente accade – ed anche questa è una considerazione alquanto banale – vi è da dire che per alcuni versi il sistema brasiliano è più avanti e più coraggioso del nostro (e però senza fughe eccessive), per altri versi ci ha raggiunto con qualche anno di ritardo.

## **2 RITARDI ED APPRODI RECENTI DEL DIRITTO BRASILIANO: LODI PARZIALI; TERMINE DI PRONUNCIA DEL LODO**

Certo, se si considera il nuovo art. 23 – “*gli arbitri possono pronunciare lodi parziali*” (§ 1), ed anche: “*le parti e gli arbitri d’accordo potranno prorogare il termine per la pronuncia del lodo definitivo*” (§ 2) – vi è da chiedersi come mai i brasiliani siano arrivati così tardi all’ammissibilità del lodo parziale. Ma probabilmente si tratta di mera dimenticanza normativa (i lodi parziali erano ammessi nella prassi). Anche la seconda disposizione a me sembra assolutamente scontata: se le parti hanno il potere di fissare il termine per l’emanazione del lodo hanno anche il potere di prorogarlo. Ma il nostro legislatore, da tempo, ed ora quello brasiliano hanno sentito la necessità di precisarlo espressamente. Non si sa mai.

Scontato è poi che, se le parti possono prorogare il termine d’accordo fra loro, evidentemente lo possono fare d’accordo con gli arbitri. Ma il legislatore brasiliano lo dice espressamente. Che senso può avere?

Che quell’“e” sia in realtà disgiuntivo e valga “o”, e cioè che gli arbitri possano prorogarsi il termine autarchicamente sarebbe un salto in avanti notevolissimo quanto eccessivo<sup>3</sup>. Sembra allora doversi desumere che occorra necessariamente una intesa sulla proroga fra arbitri e parti; risultato piuttosto limitativo, ma in realtà falso problema: quale mai collegio arbitrale non sarà d’accordo di fronte ad una proroga voluta dalle parti.

Può darsi comunque che questa disposizione così sovrabbondante, e forse inutile quanto alla enunciazione dei soggetti muniti del congiunto potere di proroga, abbia in realtà una particolare valenza normativa

<sup>3</sup> Nelle riunioni della commissione ministeriale che predispose il testo del d. lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006, contenente l’ultima riforma della nostra disciplina dell’arbitrato, qualcuno propose qualcosa del genere, ma l’idea, e non solo in ragione dell’eccesso dalla delega, fu giustamente scartata.

quanto al tenore generale della sua seconda parte “*potranno prorogare*”, dunque in qualsiasi modo, dunque anche adottando il sistema del termine mobile decorrente dalla chiusura della trattazione, momento che resta in potere degli arbitri di determinare. Insomma: proprio quello che la nostra Cassazione pare aver messo in dubbio con una recente ed ormai nota sentenza<sup>4</sup>.

### **3 SEGUE: QUESTIONI PREGIUDIZIALI NON COMPROMETTIBILI; ARBITRATO SU LITI SOCIETARIE E PLURALITÀ DI PARTI; PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ED ARBITRATO**

La riforma brasiliana del 2015 ha raggiunto anche altri approdi ben più recenti della nostra legislazione e prima ancora della nostra cultura giuridica.

a) Così è quanto alla abrogazione dell’art. 125 della Legge, che corrispondeva al nostro vecchio art. 819 ed imponeva agli arbitri di sospendere e rimettere al giudice le questioni pregiudiziali non compromettibili. Oggi anche gli arbitri brasiliani potranno deciderle *incidenter tantum*.

b) Così è per quell’embrione di disciplina dell’arbitrato societario (eredità, ad oltre centocinquant’anni di distanza, del periodo imperiale in cui il Codice di commercio del 1850 addirittura imponeva in certi casi l’arbitrato fra soci) che è stato introdotto modificando una legge speciale del 1976 e prevedendo la possibilità di inserire una clausola compromissoria nello statuto societario a maggioranza qualificata con diritto di recesso per i soci dissenzienti (salvi alcuni casi cui il recesso non è ammesso). Si andrà avanti verso una disciplina organica per le soluzioni arbitrali delle liti societarie? Vedremo. In Italia, intanto, già si comincia a discorrere di riforma dell’arbitrato societario.

Vi è occasione per osservare che, anche quanto all’arbitrato con pluralità di parti in generale, il legislatore brasiliano rimane ben più timido del nostro. L’art. 13, § 4° della Legge brasiliana si limita a rimettere la soluzione dei problemi ai regolamenti arbitrali (ove voluti dalle parti), le cui regole diventano in caso di arbitrato multipartiti cogenti e non derogabili. Occorrerebbe altro? Forse sí ma è anche vero che l’eccesso di regole italiano ha creato più dubbi di quanti non siano stati i problemi risolti.

---

<sup>4</sup> Cass. 19 gennaio 2015, n. 744, in *Rivista dell’arbitrato*, 2015, 513 ss., con nota di L. SALVANESCHI.

c) Altro approdo significativo riguarda l'effetto interruttivo della prescrizione che prende data, per espressa previsione dall'attuale art. 19, § 2 della Legge brasiliana, dalla istanza di promovimento dell'arbitrato ("requerimento de su insturacião"), e cioè alla domanda di arbitrato e non dalla effettiva instaurazione e cioè dalla costituzione del collegio.

E' immaginabile che si tratti di effetto interruttivo-sospensivo e che esso si produca retroattivamente dal momento della domanda di arbitrato e fino al lodo, anche se declinatorio della *potestas iudicandi* arbitrale, purchè però l'arbitrato sia effettivamente instaurato e cioè il tribunale arbitrale sia effettivamente costituito. Così il sistema sembra, almeno in parte, analogo al nostro perché anche da noi, se l'arbitrato non prende avvio o si estingue, l'effetto interruttivo permanente di certo non si produce. Ma sicuramente si produce l'effetto interruttivo istantaneo. E' così anche in Brasile? Potrebbe esservi qualche problema visto che è una sola norma a prevedere il meccanismo interruttivo, istantaneo o permanente, e la previsione effettuale di quell'unica norma è condizionata appunto espressamente alla reale e successiva instaurazione e cioè alla costituzione del collegio.

d) Ancora: da noi è stata una autentica e crescente evoluzione culturale quella che ha portato all'arbitrabilità delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione (anche fuori dal classico ma speciale arbitrato delle opere pubbliche: arbitrato facoltativo nell'*an* ma obbligatorio nel *quomodo* e dunque con disciplina restrittiva rispetto alle possibilità offerte all'autonomia privata dal diritto comune dell'arbitrato). L'esito più significativo di tale evoluzione è rappresentato dall'attuale art. 12 del Codice del processo amministrativo che autorizza la generale devoluzione ad arbitri delle controversie su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione amministrativa.

Oggi analogamente l'art. 1, § 1° della Legge brasiliana stabilisce che la pubblica amministrazione può compromettere in arbitri controversie relative ai diritti patrimoniali disponibili. Sarà interessante assistere agli sviluppi concreti dell'arbitrato della pubblica amministrazione in Brasile e compararli con la nostra esperienza tuttora in fase di sviluppo. Così come sarà interessante – su tutt'altro versante e al di fuori delle questioni coinvolte dall'ultima riforma brasiliana – comparare, se mai davvero troverà concretezza, l'approccio al *class arbitration* nelle due culture giuridiche (quella brasiliana notoriamente in posizione di battistrada, nell'universo di *civil law*, quanto alla *class action*).

#### **4 IL DIRITTO BRASILIANO ALL'AVANGUARDIA: LE MISURE CAUTELARI ARBITRALI**

Per altri aspetti il diritto brasiliano era ed è molto più avanti, come ad esempio di tema di misure cautelari arbitrali.

La Legge brasiliana le ammette ora (v. i nuovi atti 22A e 22B introdotti dalla novella del 2015) secondo un sistema equilibrato, lodevolmente assai sintetico dal punto di vista del *wording* normativo e senza fughe precipitose, ma con la prevalenza del potere cautelare arbitrale una volta che l'arbitrato sia instaurato.

Prima dell'instaurazione dell'arbitrato la misura cautelare si chiede al giudice, ma perde efficacia se l'arbitrato non è instaurato entro un termine perentorio. Instaurato l'arbitrato, competenti per la cautela sono gli arbitri. I quali sono altresì competenti per la revoca o modifica della cautela impartita dal giudice. Chi meglio di loro, già investiti del merito?

I nostri amici brasiliani hanno dunque, e non da oggi, superato il tabù delle misure cautelari arbitrali, da noi evocato come insormontabile ostacolo parlamentare ad ogni tornata di riforma dell'arbitrato; (di tabù i brasiliani hanno per altro i loro: il Presidente della Repubblica, proprio in occasione della novella del 2015, ha posto il veto sulla arbitrabilità delle controversie giuslavoristiche di cui sia parte chi esercita funzioni di amministratore o di direttore generale, nonché su una norma relativa all'arbitrato di consumatori).

Per superare in Italia il tabù delle misure cautelari arbitrali occorre avere coraggio e razionalità. Di quest'ultima è sicura espressione la Legge brasiliana. Di gran lunga preferibile è infatti un sistema a compartimenti stagni: o il giudice o l'arbitro senza sovrapposizioni e concorrenza, senza cautela arbitrale *ante causam* (come accade in altri ordinamenti o secondo alcuni regolamenti di arbitrato amministrato), e senza reclamo cautelare innanzi al giudice avverso il provvedimento cautelare arbitrale.

#### **5 "ASSISTENZA NON INTERFERENZA" DEL GIUDICE STATUALE: IL RETAGGIO STORICO DELLA "FORMALIZZAZIONE GIUDIZIALE DEL COMPROMESSO"**

Questo approccio alla tutela cautelare arbitrale è del resto conforme all'approccio generale della legislazione brasiliana, confermato dall'ultima

riforma: meno intromissione possibile del giudice statale; “assistenza non interferenza” secondo un efficace slogan<sup>(5)</sup>.

Per la verità una forma di assistenza iniziale - estremamente “interferente” - del giudice statale l’attuale diritto brasiliano la eredita dalla sua storia.

In sintesi estrema. Disciplina del solo compromesso vi era nel codice civile del 1916 e disciplina del solo procedimento arbitrale nel c.p.c. del 1939. Ci si era “dimenticati” della clausola compromissoria. Se ne dimentica anche il c.p.c. del 1973, che pure ridisciplina in modo organico l’arbitrato inserendo le disposizioni sul compromesso e derogando tacitamente alla regolamentazione apposita riservata in proposito dal codice civile. Morale: la clausola compromissoria era conosciuta nella prassi ma aveva effetti obbligatori e non reali; se una parte rifiutava la spontanea esecuzione della clausola, e cioè rifiutava di stipulare il compromesso onde dare concreto avviso al giudizio arbitrale, neppure il provvedimento del giudice poteva tener luogo di esso. Vi rimedia la Legge sull’arbitrato del 1996 con un passo in avanti rappresentato dal sistema, ancora piuttosto complesso, dalla “*formalizzazione giudiziale del compromesso*”. La clausola compromissoria è appositamente disciplinata, ma salvo che essa faccia riferimento al regolamento di una istituzione arbitrale ed alle modalità di instaurazione dell’arbitrato da esso previste, per la concreta instaurazione dell’arbitrato occorre formalizzare il compromesso. E se una parte è riottosa rispetto a ciò, occorre che l’altra si rivolga al giudice. Il quale dapprima - già che c’è - tenta la conciliazione della lite di merito fra le parti, poi tenta di metterle d’accordo sulla stipula del compromesso, o altrimenti formalizza lui stesso il compromesso (art. 7 della Legge). La dottrina brasiliana tende peraltro a ridurre notevolmente le ipotesi in cui questo complesso meccanismo è davvero necessario<sup>6</sup>.

E’ ovvio che la valutazione complessiva di un sistema del genere non può essere fatta sulla carta. Occorrono dati statistici: quanti sono, in percentuale sulle clausole compromissorie azionate, i casi in cui si è dovuto ricorrere al giudice?

5 TARZIA, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell’arbitrato internazionale*, in Rivista dell’arbitrato, 1996, 473 ss.

6 Confinabili alle occasioni in cui la clausola compromissoria “*não contenham o elemento mínimo para que se possa instituir o tribunal arbitral (ou seja, o modo de nomear as árbitros)*” cfr. CARMONA, *Arbitragem e Processo*, São Paulo, 2009 156): da strumento di ausilio giudiziario farraginoso ed interferente, dunque, a strumento di utile salvataggio di clausole compromissorie patologiche.

Altresì scontato peraltro è che il sistema brasiliano ci appaia, sulla carta, più farraginoso e meno favorevole all'arbitrato. Ma soltanto rispondendo con dati statistici a quella domanda e ad altre connesse si potrebbe calcolare - per così dire - il "quoziente di complicazione" o se si vuole il "quoziente di impegno di attività giurisdizionale ordinaria" riguardo alla contestazione della convenzione d'arbitrato. Per poi confrontare questo "quoziente" con il nostro, che a sua volta dovrebbe emergere dai dati statistici relativi alle complicazioni del "doppio binario", alla possibilità che l'efficacia e la validità della clausola siano, innanzi al giudice ordinario, oggetto di accertamento principale (prima che cominci l'arbitrato) o incidentale (se la parte riottosa inizia il giudizio di merito davanti al giudice), alla possibilità (ormai però limitata dal noto sbarramento della previa eccezione innanzi ad arbitri) che la *quaestio* della esistenza, validità ed efficacia della clausola si riproponga in sede di omologazione o di impugnazione del lodo.

Insomma e per farla breve: se in Brasile il potenziale convenuto in arbitrato sistematicamente si oppone alla formalizzazione del compromesso e costringe l'attore a ricorrere al giudice, il sistema fa evidentemente acqua. Se ciò accade in casi relativamente rari e sostanzialmente corrispondenti a clausole compromissorie di portata incerta e/o di validità ed efficacia problematiche, può darsi che il sistema che vuole l'impiccio risolto prima e per sempre dal giudice sia, non migliore ma tutto sommato non sensibilmente peggiore rispetto ad un sistema in cui quell'impiccio può ripresentarsi dopo, o rispetto alle situazioni di iniziale obiettiva incertezza.

## **6 SEGUE: CONTROLLO SULLA INDIPENDENZA DELL'ARBITRO ED ASSUNZIONE DI PROVE**

Una volta che l'arbitrato sia avviato, il giudice brasiliano scompare o quasi.

Ha poteri sostitutivi di nomina degli arbitri (ma se li ha già esercitati con la formalizzazione giudiziale del compromesso non li esercita ovviamente più).

Non ha però, secondo la Legge del 1996 fin dalla originaria versione, poteri di ricasazione. La ricasazione - in realtà una sollecitazione ad astenersi - è rivolta all'arbitro o al presidente del collegio arbitrale (art. 15). La ragione di ricasazione, se l'arbitro non si leva di mezzo spontaneamente, si trasforma in ragione di impugnazione del lodo: l'art. 20, § 2 della Legge aggiunge in sostanza al catalogo dei motivi di nullità un apposito motivo. Anche in Germania oggi (§ 1037 ZPO) la ricasazione è indirizzata all'organo arbitrale: se quest'ultimo la nega ci si può rivolgere al giudice



statuale chiamandolo, sia pure in via suppletiva, ad esercitare il classico potere di esautoramento preventivo dell'arbitro "*suspectus*". Il sistema brasiliano è, rispetto a quello tedesco del quale condivide l'approccio di massima, meno garantista e più semplificatorio tutto rimettendo ad un controllo giudiziale da esercitarsi *ex post* per via impugnatoria.

Vi è bensì l'ausilio giudiziario in materia di assunzione del teste, secondo il sistema più ragionevole che è quello dell'ordine giudiziale, sollecitato dagli stessi arbitri, di comparizione del teste davanti a questi ultimi. E la riforma del 2015 ha introdotto una più generale richiesta di ausilio attraverso il sistema della "carta arbitrale" ("*carta arbitral*": art. 22C), mediante la quale l'organo arbitrale può sollecitare al giudice statale qualsiasi atto o incumbente necessario (art. 22 della Legge), sistema in qualche modo erede della sollecitazione della misura cautelare richiesta dall'arbitro al giudice (v. l'abrogato art. 22, par. 4°), di cui non vi è più bisogno visto che la cautela è stata rimessa agli arbitri.

## 7 SEGUE: SINDACATO IMPUGNATORIO

Il giudice statale ha anche ben contenuti poteri di controllo impugnatorio. Il catalogo dei motivi di cui all'art. 32 della Legge brasiliana è rimasto sostanzialmente inalterato, e seguita a prevedere solo limitati *errores in procedendo* nonché un vizio di tipo "revocatorio" (lodo pronunciato per "*prevaricação, concussão ou corrupção passiva*").

Bisognerebbe naturalmente constatare sul campo tentativi avvocateschi ed aperture giurisprudenziali al rilievo - ed in che misura - della contrarietà dell'ordine pubblico e attraverso esso al sindacato della violazione di norme sostanziali inderogabili. Ma il fatto che un apposito motivo a riguardo non sia previsto è sintomatico di un atteggiamento assai liberista nei riguardi dell'arbitrato.

La riforma ultima, anzi, ha ridotto il catalogo dei motivi eliminando il n. 5 dell'art. 32 e cioè la omessa pronuncia. Il rimedio alla omessa pronuncia arbitrale è ora affidato, nell'art. 33, § 4, ad un apposito "giudizio". Ma che vuol dire? Se occorre un giudizio apposito innanzi al giudice, allora non è sostanzialmente mutato granché rispetto al passato. Oppure - come parrebbe miglior partito opinare - questo giudizio si svolge innanzi agli arbitri e cioè in soldoni ci si affida ad un rimedio equivalente al meccanismo di correzione del lodo (come in Germania ed ormai in molti altri ordinamenti): la parte sollecita agli arbitri la pronuncia di un lodo complementare. Ed in tal caso vi sarà da chiedersi se ciò rappresenti un onere necessariamente indirizzato verso gli arbitri o per meglio dire se

la convenzione di arbitrato, in mancanza di attivazione del meccanismo correttivo/integrativo innanzi agli stessi arbitri, resti ultrattiva ed obblighi dunque a riproporre la domanda a (nuovi) arbitri in apposito e nuovo giudizio arbitrale, o se al contrario la omessa pronuncia arbitrale, non rimediata *ex art. 33, § 4*, lasci aperta la strada della riproposizione della domanda innanzi al giudice ordinario.

Il giudice statale dell'impugnazione non pronuncia sul rescissorio: il principio è rimasto saldo anche dopo la novella del 2015.

Prima della riforma ultima, la causa tornava per il rescissorio agli arbitri solo nel caso di omessa pronuncia o di lodo viziato nella forma, ed era ovvio. In tutti gli altri casi la pronuncia era solo rescindente, ma senza rimessione agli arbitri; e ciò era forse troppo penalizzante quando la nullità non dipendesse da ragioni intrinseche alla convenzione di arbitrato o da esaurimento del potere arbitrale: per esempio quando il lodo fosse stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro.

Oggi la riforma prevede che sia il giudice a determinare se è opportuno che la parola torni agli arbitri, fermo il divieto di pronuncia rescissoria da parte del giudice della impugnazione. Il che può anche riprodurre la situazione precedente salvo casi particolari: per esempio, in ipotesi di *ultrapetizione*, può darsi che vi siano situazioni in cui basti la pronuncia rescindente sui capi *ultra petita*, e situazioni in cui, a causa della stretta interconnessione fra i vari capi di pronuncia, l'intera lite vada restituita agli arbitri una volta rilevata l'*ultrapetizione*.

Insomma: una scelta normativa che vuol essere il più possibile adeguata alla varietà di situazioni, ma cerca di raggiungere lo scopo a mezzo di una orientata discrezionalità giudiziale piuttosto che, come accade secondo il combinato disposto dei nostri artt. 829 e 830 c.p.c., a mezzo della scomposizione dei motivi di nullità e la loro parcellizzata valutazione a-prioristica di fronte all'alternativa rescindente/rescissorio.

## **8 ASSENZA DI OMOLOGAZIONE E POSSIBILITÀ COMUNQUE DI "DOPPIO CONTROLLO" INTERNO DEL LODO NEL SISTEMA BRASILIANO; CONFRONTO CON ALTRI MODELLI (ITALIA, FRANCIA, AUSTRIA, GERMANIA, LEGGE UNCITRAL); IL GIUDICATO ARBITRALE COMPARATIVAMENTE AD "ASSETTO VARIABILE"**

Infine: in Brasile non c'è più (dal 1996) l'omologazione giudiziale del lodo.

Il lodo ha effetti di sentenza e – se di condanna – è titolo esecutivo senza necessità di controllo giudiziario omologatorio (art. 31 della Legge). Innovazione allora vistosissima ed oggi – manco a dirlo – conservata.

I motivi di impugnazione possono però essere sempre fatti valere, per far constatare la nullità del lodo e perciò del titolo esecutivo, in sede di opposizione alla esecuzione se il lodo è portato ad esecuzione: così l'art. 33, § 3 della Legge, modificato nel 2015 solo lessicalmente e per ragioni di coordinamento con la coeva riforma generale del c.p.c.<sup>7</sup>.

Il lodo non più impugnabile (decorso i 90 giorni dalla comunicazione) è dunque un “giudicato”, e come tale può essere fatto valere in futuri giudizi di cognizione ed ivi, anzi, il “giudicato arbitrale” è rilevabile d'ufficio<sup>8</sup>.

Però è un giudicato sempre esposto ad una “opposizione alla esecuzione” più ampia di quella spendibile contro i titoli giudiziali, anche se più ristretta (vista comunque la tassatività dei motivi impugnatori trapiantabili in quella sede) della opposizione contro titoli stragiudiziali<sup>9</sup>.

A dire il vero la riflessione su questa particolarità della Legge del 1996 ha condotto parte della dottrina brasiliana (sotto l'influenza – credo – neppur troppo nascosta del pensiero di Edoardo Ricci, che con i giuristi brasiliani ha avuto consuetudine particolarmente feconda<sup>10</sup>) ad un diverso approdo: il lodo fatto valere come titolo esecutivo è sì attaccabile, per gli stessi motivi “impugnatori”, con l'opposizione alla esecuzione, ma solo ove siano ancora aperti i termini per la impugnazione “in via principale”<sup>11</sup>.

Il vincitore in arbitrato che agisce esecutivamente sulla base del lodo, a termine decorso per l'impugnazione di quest'ultimo in via principale, sarebbe dunque esposto solo ai tradizionali motivi di opposizione all'esecuzione spendibili avverso un “normale” titolo giudiziale e non ai motivi di impugnazione del lodo utilizzabili in via incidentale in quella

7 Si faceva riferimento alla “*ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil*” (l'opposizione alla esecuzione appunto). Oggi si dice: “*A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial*”.

8 Cfr. BARBOSA MOREIRA, *La nuova legge brasiliana sull'arbitrato*, in questa Rivista, 1997, 1 ss., spec. 15.

9 Cfr. sempre BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, 14.

10 E che avrà, con la sua indimenticabile *verve*, trasmesso l'idea della inaccettabilità di un “giudicato arbitrale” che fosse men che “giudicato”.

11 CARMONA, *Arbitragem e Processo*, São Paulo, 2009, 430-431, nonché CAHALI, *Curso de Arbitragem*, São Paulo, 2015, 122.

particolare sede. Se così fosse ricostruito il sistema, la disposizione *ex art. 33, § 3* della Legge avrebbe il ben più modesto ruolo di rendere superabile – in pendenza dei termini per la impugnazione del lodo e solo in questo ridotto lasso temporale – il dogma della improponibilità di ragioni tipicamente impugnatorie della pronuncia fuori dalla cognizione propriamente detta ed in veste di ragioni di opposizione contro il titolo esecutivo. Sennonché il tenore letterale e la collocazione sistematica dell'art. 33, § 3 della Legge non sembrano affatto deporre solo (e modestamente) in tal senso, bensì proprio nel senso ben più ampio sopra cennato<sup>12</sup> che è poi, come fra breve si osserverà, corrispondente alla scelta della Legge-modello Uncitral.

In questa soluzione è compromissoria la cosa che colpisce noi giuristi europei è certamente l'assenza di omologazione<sup>13</sup>, perché la decisa maggioranza dei nostri ordinamenti contempla ancora lo scotto del controllo omologatorio giudiziale funzionale alla formazione del titolo esecutivo.

Ma questa assenza è bilanciata dal cennato sistema incisivo di “doppio controllo”. E - si badi - è un sistema di “doppio controllo” integrale (è ovvio peraltro che se si opta per la ricostruzione limitativa cui ho sopra fatto cenno, ma che mi parrebbe da rifiutarsi, l’“integralità” del “doppio controllo” sarebbe limitata almeno nel tempo e drasticamente al breve spazio del decorso del termine per la impugnazione del lodo propriamente detta).

Se si confronta la *ZPO* austriaca, dove pure e da gran tempo non è prevista omologazione del lodo, il “doppio controllo” esiste, ma è limitato ai due motivi di nullità che sono rilevabili anche “*von Amts wegen*” (§ 611 *ZPO*) e cioè d'ufficio dal giudice statale in sede di impugnazione (incompromettibilità e contrarietà all'ordine pubblico). Questi e solo questi possono essere opposti (§ 613 *ZPO*) in qualsiasi “*anderen Verfahren, etwa in einem Exekutionsverfahren*” in cui il lodo sia fatto valere, e se accertati conducono alla incidentale disapplicazione del lodo in quel processo e dunque all'impedimento della sua esecuzione se si tratta di processo esecutivo (restando poi problematico se quei motivi possano fondare, in via principale, una domanda di accertamento della *Nichtbestehens* del lodo in forza del § 612 *ZPO*).

12 V. infatti BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, 12 ss., nonché FIGUEIRA JUNIOR, *Arbitragem, jurisdição e execução*, São Paulo, 2015, 122.

13 Riscontrabile però – come non mancava di ricordare, all'indomani della Legge del 1996, lo stesso BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, 12, § 7.4 – già “nella penisola iberica”.

In Brasile invece il “doppio controllo” è integrale, nel senso che l’intero catalogo dei motivi della *actio nullitatis* soggetta ad un termine di decadenza è spendibile anche in sede di opposizione alla esecuzione (ma allora perché no – pur se la Legge brasiliana non lo dice espressamente – anche in sede di secondo processo in cui il lodo sia fatto valere per i suoi effetti di giudicato e di accertamento?).

La cosa può piacere o no. Può piacere a chi, pur arrendendosi ormai (doverosamente ove il dettato normativo sia esplicito) alla tendenziale equiparazione effettuale fra lodo e sentenza del giudice, ritenga razionale che dalla origine privata dell’arbitrato scaturisca una qualche diversità nel regime di contestazione di quegli effetti. Può dispiacere a chi la pensi diversamente o voglia semplicemente ... semplificare *ut sit finis litis*.

Resta il fatto che il sistema del “doppio controllo” è in fondo quello stesso della Legge-modello Uncitral anche nella sua ultima versione. Vi sono lì motivi di annullamento da far valere con l’apposita azione impugnatoria entro un termine di decadenza (art. 34); alcuni di essi rilevabili anche d’ufficio una volta che l’azione di annullamento sia comunque proposta (art. 34.1 lett. b); *tutti* questi motivi possono comunque essere spesi in sede di procedura di *exequatur* “*irrespective of the country in which in [the award] was made*” (art. 36.1): dunque anche nello stesso paese a cui il lodo appartiene e nel quale può essere direttamente impugnato innanzi al giudice statale.

Ora, la Legge-modello Uncitral ha come chiave di volta della sua visione – riterrei – ben diversamente che il “doppio controllo” all’interno dello stesso sistema giudiziale statale, la equiparazione ed anzi la identità dell’*enforcement* e perciò della procedura di *exequatur* del lodo vuoi che il lodo sia “domestico” vuoi che sia “estero” (rispetto all’organo di *enforcement*), nonché la riduzione dei motivi di impugnazione (del lodo interno) allo *standard* di New York e cioè ad un tipo di sindacato formale ed estrinseco che coincida con il “moderno” sindacato deliberatorio del lodo estero.

Raggiunta questa riduzione, che vi sia poi un “doppio controllo” – da parte del giudice dell’impugnazione dello stato di appartenenza del lodo e da parte del giudice dell’*exequatur* rispetto al quale il lodo è estero - è assolutamente fisiologico perché conforme al panorama universale che la Legge-modello si trovava davanti.

Meno fisiologico è l’effetto di risulta: che cioè il “doppio controllo” - vista l’equiparazione di regime fra *exequatur* interno ed *exequatur* estero

- sia affidato *per gli stessi identici motivi* a due giudici diversi dello stesso Stato (quello di appartenenza del lodo) ed *in due procedimenti funzionalmente diversi*, quello di impugnazione soggetto a termine di decadenza e quello di *exequatur* possibile in qualsiasi momento seppur ad iniziativa della parte vittoriosa in arbitrato.

Ma pur essendo questo – a mio avviso – un effetto di risulta e non la chiave di volta del sistema Uncitral, esso è accettato razionalmente e consapevolmente dai multi-etnici o meglio multiculturali *conditores* della *Model Law*. Nella *Explanatory Note*<sup>14</sup> si legge: “*In regulating «recourse» (i.e. the means through which a party may actively «attack» the award), article 34 does not preclude a party from seeking court control by way of defence in enforcement proceedings (articles 35 and 36)*”.

E' in fondo la vecchia storia dell'annullamento che si prescrive in via d'azione e non in via di eccezione (“*by way of defence*” appunto).

Ebbene in Brasile è – o pare essere<sup>15</sup> – proprio così, con una differenza che sposta tuttavia l'ago del *favor arbitrati* più verso il sistema brasiliano che verso il modello Uncitral: in quest'ultimo il “doppio controllo” è possibile sempre ed in via preventiva rispetto alla formazione del titolo esecutivo sulla condanna arbitrale, appunto perché è pur sempre previsto un apposito procedimento omologatorio. Nel sistema brasiliano, ove l'omologazione manca, il “doppio controllo” è possibile, ma solo *ex post* e dopo la formazione del titolo esecutivo.

Resta il fatto che sono ancor più favorevoli all'arbitrato, almeno apparentemente, i sistemi in cui il “doppio controllo” è evitato o molto limitato, ed a petto di ciò la semplice sussistenza o meno dello scotto omologatorio risulta variante tutto sommato secondaria.

Così è in Francia ed in Italia ove pure l'omologazione esiste (né è dato preconizzarne la prossima scomparsa). Ed è così anzitutto perché l'ambito del controllo omologatorio, inteso ad attribuire efficacia esecutiva al lodo, è drasticamente ridotto rispetto a quello del controllo impugnatorio già sensibilmente e progressivamente limitato nell'evolversi della normativa.

---

14 *Explanatory Note by the Uncitral secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006.*

15 Perché occorre tener presente la pur discutibile tesi limitativa cui si è fatto cenno dianzi: opposizione al titolo-lodo per i medesimi motivi impugnatori solo se la impugnazione del lodo in senso proprio non sia ancora preclusa per lo spirare del relativo termine di decadenza.

Ma è così anche in virtù del coordinamento, espresso o sistematicamente attingibile, fra controllo impugnatorio (soggetto a termine di decadenza) e controllo omologatorio. Si pensi all'art. 1498, c. 2° del codice francese: “*Le rejet de l'appel ou da recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale*”; regola a mio avviso anche da noi riscontrabile attraverso la tesi della c.d. omologazione implicita<sup>16</sup>.

Ma si pensi anche e simmetricamente alla regola - espressa in Francia (art. 1499) ed ancora una volta implicita quanto ovvia in Italia - secondo cui l'annullamento del lodo in sede impugnatoria comporta “*de plein droit*” caducazione dell'*exequatur* eventualmente concesso. Ed infine all'art. 1500 del codice francese secondo cui in sede di appello contro l'ordinanza che rifiuta l'*exequatur* la Corte d'appello può conoscere, ad istanza della controparte, anche della impugnazione del lodo se i termini sono ancora aperti. Insomma la tendenza di questi sistemi è ad ammettere solo assai limitatamente il “doppio controllo” e comunque a coordinare i piani in modo da evitare che la loro separazione diventi fonte di incertezza *sine die* sulla sorte del lodo.

Il comparatista a questo punto dovrebbe chiedersi: ammesso che il lodo fin da pargolo aspiri a somigliare il più possibile alla sentenza del giudice dello Stato e dato per scontato che ormai la stragrande maggioranza delle legislazioni nazionali formalmente dicono al lodo “sei tutto tua madre” e cioè “hai la stessa efficacia della sentenza”, ebbene: somiglia più ad una sentenza un lodo che non ha bisogno di omologazione ma che può essere integralmente contestato per gli stessi identici motivi impugnatori tutte le volte che sia speso come titolo esecutivo o che voglia diventare tale, o un lodo che uscito dal lavacro della impugnazione passa davvero ed inossidabilmente “in giudicato” e cioè davvero non è più contestabile in altre sedi?

Ma in realtà la domanda è astratta perché questi modelli di lodo con tutta probabilità non esistono. E qui l'indagine interna e poi comparatistica meriterebbe ogni necessario approfondimento.

---

16 V. già all'indomani della novella del 1994, FAZZALARI in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 170, BRIGUGLIO, *Impugnabilità ed efficacia del lodo non omologato dopo la legge di riforma n. 25 del 5.1.94*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 295 ss. spec. 308, MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 821 ss., spec. 823 ss., MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 860; *contra*, RASCIO, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. VERDE, Torino, 2005, 421 ss.

Noi (e i francesi) dovremmo chiederci: un lodo inimpugnabile perché confermato (con efficacia di giudicato) dalla Corte d'appello ed un lodo inimpugnabile perché semplicemente non impugnato sono davvero la stessa cosa nel prosieguo della esperienza giuridica? Non credo<sup>17</sup>. Si dà oggi, ed entro quali confini, la categoria del lodo “inesistente”? E la relativa *exceptio* com'è spendibile, ed in quale eventuale diversa misura, nel prosieguo della esperienza giuridica, avverso un lodo passato in giudicato perché confermato dal giudice statale della impugnazione o avverso un lodo passato in giudicato perché non impugnato? E' ancora concepibile, ed entro quali confini, la “omologazione incidentale”<sup>18</sup>, e cioè il controllo del giudice - di qualsiasi giudice - al fine di verificare se un lodo non omologato e cioè non ancora controllato, e però fatto valere in un successivo processo, sia davvero un lodo?

I brasiliani dovranno – azzardo - farsi domande speculari. Una anzitutto: un lodo impugnato e confermato come valido dal giudice statale resta davvero esposto ad integrale sindacato impugnatorio in sede di *impugnação ex art. 475* del codice di procedura civile e cioè in sede di opposizione alla esecuzione, oppure questa possibilità è radicalmente esclusa non dal giudicato sul lodo, non dalla legge, ma sì dal giudicato che si è formato sulla sentenza giudiziale che ha confermato il lodo?

Risposte espresse a domande sistematicamente analoghe dà, come è noto, la attuale *ZPO* tedesca, la quale prevede un “doppio controllo” integrale quanto ai motivi, ma coordinato in modo da limitare al massimo le sovrapposizioni. Tutti i motivi che possono fondare l'impugnazione in via principale del lodo soggetta a termine di decadenza, e non solo quelli rilevabili d'ufficio (come invece in Austria), sono motivi ostativi alla concessione dell'*exequatur*. Senonché la impugnazione è inammissibile se il lodo è stato già dichiarato esecutivo (§ 1059, c. III, *ZPO*). E per converso i motivi di annullamento rilevabili d'ufficio (incompromettibilità e contrasto con l'ordine pubblico) *non possono* essere considerati motivi ostativi in sede di *exequatur* se è stata già respinta con efficacia di giudicato una impugnazione fondata su di essi; lo possono invece se l'impugnazione non era fondata su di essi: il giudicato giudiziale sulla validità del lodo non è dunque, sotto tale profilo, un giudicato che copre il dedotto ed il deducibile. Tutti gli altri motivi di annullamento *non possono* invece mai essere opposti all'*exequatur* sol che *il lodo sia divenuto inimpugnabile* anche per semplice decorso dei termini.

17 Nel primo caso l'efficacia è evidentemente “raddoppiata” dal giudicato giudiziale sulla validità.

18 Ipotesi che avevo prospettato all'indomani della novella italiana del 1994 (cfr. BRIGUGLIO, *Impugnabilità ed efficacia*, cit., 328 ss.) e nella quale – pur con alcuni correttivi – tuttora sostanzialmente credo.



Insomma ed in conclusione: la comparazione addita sì ed a chiare lettere, quanto ai *nomina*, la diffusa equiparazione fra lodo e sentenza e dunque e al momento opportuno – decorsi che siano i termini di gravame – fra lodo e giudicato, ma già il *nomen* “giudicato” esibisce in dimensione comparatistica, accanto ad un rilevante nucleo concettuale ed effettuale comune, varianti sottili. Insomma già il *giudicato giudiziale* è – per usare ad altro scopo una felice espressione di Remo Caponi – comparatisticamente “ad assetto variabile”<sup>19</sup>. *A fortiori* lo è il *giudicato arbitrale*, che sconta pur sempre un embrionale connotazione privatistica nonché il vario modo di intenderla e considerarla, sul piano dei concetti come su quello degli effetti, a latitudini diverse.

---

19 Donde, fra l’altro, il noto ed affascinante problema internazionalprivatistico (ma non solo) circa il se il trasferimento del giudicato dall’ordinamento di origine a quello straniero comporti alterazioni del suo nucleo effettuale; problema in ordine al quale credo che una risposta tendenzialmente compromissoria (salve le sue complesse specificazioni di dettaglio) sia l’approdo più ovvio ma anche più giusto (ovvero e come ho scritto altrove: “gli obelischi egizi, pur non mutando forma né colore, non furono ovviamente più gli stessi una volta trapiantati dalle sabbie del deserto o dalle rive del Nilo nelle piazze di Roma imperiale”).

