

Alessio Carosi

---

**LA CONVENZIONE ARBITRALE  
ASIMMETRICA NELL'ARBITRATO  
IN MATERIA DI DIRITTI UMANI**

---

Estratto

## La convenzione arbitrale asimmetrica nell'arbitrato in materia di diritti umani (\*)

ALESSIO CAROSI

1. *Premessa.* — Il 12 dicembre 2019 sono state presentate, nel corso di un simposio svoltosi presso la sede della Corte Permanente di Arbitrato al The Peace Palace de L'Aja, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration (Rules)*.

Le *Rules* sono il risultato di un biennio di lavoro svolto da un *drafting team*, formato da personalità di diversa estrazione (società civile, organizzazioni non governative, imprese, giudici, accademici, avvocati), con specifica competenza nel settore dei diritti umani. Il lavoro è stato svolto sotto l'egida e con l'assistenza del *Center for International Legal Cooperation*, anch'esso sedente a L'Aja.

Lo scopo che ha animato il lavoro è stato approntare uno strumento di tipo astattuale per la risoluzione stragiudiziale delle dispute in materia di violazioni di diritti umani cagionate da attività di affari, così da garantire concreta attuazione ai tre Pilastri sanciti dai *Guiding Principles* delle Nazioni Unite concernenti affari e diritti umani <sup>(1)</sup>.

---

(\*) Per il testo integrale delle *Hague Rules*, cui questo scritto si riferisce, si veda la sezione Documenti e Notizie del presente fascicolo.

<sup>(1)</sup> Gli *United Nation Guiding Principles on Business and Human Rights* sono reperibili al link [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf). I tre Pilastri che ne costituiscono il fondamento sono: (i) obbligo degli Stati di assicurare la protezione dei diritti umani (I Pilastro); (ii) obbligo delle imprese di osservare (e, quindi, far osservare ai propri appaltatori/fornitori e subappaltatori/subfornitori) i diritti umani (II Pilastro); (iii) necessità di assicurare alle vittime di violazioni di diritti umani l'effettivo accesso alla relativa tutela (III Pilastro). Per una disamina delle possibili modalità di attuazione di tali tre Pilastri si veda CRONSTEDT e THOMPSON, *An international arbitration tribunal on business and human rights*, 16, 2015, consultabile all'indirizzo <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Tribunal%20Version%205.pdf>. Gli stessi AA., a pagina 1, osservano che « [...] Victims of business-related human rights violations have little access to justice. They face substantive and jurisdictional gaps in domestic and international legal systems as well as daunting legal and practical obstacles that discourage the filing of claims [...] ». Per una ricognizione complessiva dei principali ostacoli ad una tutela effettiva dei diritti umani, si veda anche SKINNER, MCCORQUODALE e DE SCHUTTER, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business, with case studies by Andie Lamby*, 2013, consultabile al

Le *Rules* affrontano, tentando di superarli, quelli che da sempre sono considerati i principali ostacoli all'affermarsi di un efficiente sistema di tutela delle vittime delle violazioni di diritti umani e per la definitiva consacrazione dell'arbitrato come valido strumento di risoluzione delle dispute vertenti in materia <sup>(2)</sup>, ovvero:

(i) disparità delle "armi" a svantaggio delle vittime delle violazioni, e ciò sotto il duplice profilo dei costi per l'accesso alla tutela e dei costi e delle effettive possibilità di accesso alle prove (per questa ipotesi le *Rules* riconoscono al tribunale arbitrale penetranti poteri di intervento, ispirati al principio inquisitorio <sup>(3)</sup>);

(ii) garanzia di indipendenza ed imparzialità degli arbitri;

(iii) protezione di parti, testimoni ed esperti coinvolti nel procedimento, ove vi siano fondati timori per la loro incolumità;

(iv) estensione della tutela ai terzi che abbiano patito violazioni dei diritti umani, anche ove non sottoscrittori immediati del patto di arbitrato;

(v) trasparenza del procedimento arbitrale.

Le *Rules* sembrano concepire un arbitrato regolamentato, ovvero sia un arbitrato da condursi secondo un *set* di regole, ma senza il necessario intervento di un'istituzione a cui sia affidato il compito di amministrare il procedimento <sup>(4)</sup>. Esse, infatti, non contengono alcuna delle previsioni tipiche dei regolamenti di arbitrato, volte a disciplinare le funzioni dell'istituzione, i modi di intervento della stessa <sup>(5)</sup> nonché a render conoscibili i costi per l'attività di amministrazione del procedimento (c.d. *administration fees*) e quelli per il funzionamento del tribunale arbitrale (*arbitrator's fees*). La formulazione dell'art. 1(5) delle *Rules*, però, fa intendere che le parti possano demandare

---

link [https://corporatejustice.org/documents/publications/eccj/the\\_third\\_pillar\\_access\\_to\\_judicial\\_remedies\\_for\\_human\\_rights\\_violation.-1-2.pdf](https://corporatejustice.org/documents/publications/eccj/the_third_pillar_access_to_judicial_remedies_for_human_rights_violation.-1-2.pdf).

<sup>(2)</sup> Si veda sempre CRONSTEDT e THOMPSON, *An international arbitration tribunal on business and human rights*, cit. Cfr. anche CRONSTEDT, EIJSBOUTS e THOMPSON, *International business and human rights arbitration*, 2017, consultabile all'indirizzo <http://www.l4bb.org/news/TribunalV6.pdf>. Per la proposta di istituire un Tribunale Arbitrale Internazionale in materia di affari e diritti umani e per una disamina delle criticità riscontrabili, si veda pure ALFORD, *Arbitration Human Rights*, *Notre Dame Law School, Journal Articles*, 2008, disponibile all'indirizzo [https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1160&context=law\\_faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1160&context=law_faculty_scholarship).

<sup>(3)</sup> Si veda l'art. 32 delle *Rules* e il relativo Commento dei redattori.

<sup>(4)</sup> Su arbitrato amministrato ed arbitrato regolamentato si veda ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2008, 993-1012 e, segnatamente, 995. Sull'arbitrato amministrato si veda AZZALI, in *L'Arbitrato*, Laura Salvaneschi e Andrea Graziosi (a cura di), 2020, 661 ss.

<sup>(5)</sup> Mi riferisco, ad esempio, al deposito e allo scambio degli atti per il mezzo dell'istituzione; alla riunione dei procedimenti connessi a cura dell'istituzione; all'accettazione degli arbitri da comunicarsi all'istituzione; agli obblighi di *disclosure* da parte degli arbitri da adempiersi per il mezzo e con la verifica dell'istituzione; alla ricusazione e alla sostituzione degli arbitri; al controllo formale della bozza del lodo arbitrale da parte dell'istituzione; alla correzione del lodo arbitrale.

alla Corte Permanente d'Arbitrato (o ad altra istituzione) anche il compito di amministrare il procedimento arbitrale <sup>(6)</sup>.

Alla Corte Permanente d'Arbitrato è, in ogni caso, affidato il ruolo di *appointing authority*, che essa esercita in via diretta o suppletiva, a seconda dei casi, e salva la libertà riservata alle parti di assegnare a diverso soggetto la veste di autorità di designazione degli arbitri.

Le *Rules* sono, in larghissima misura, scritte sulla scorta delle *UNCITRAL Arbitration Rules* (2013) <sup>(7)</sup>, fatti salvi i singoli correttivi che il *drafting team* ha ritenuto di apportare in relazione alla certamente assai peculiare connotazione dell'arbitrato in materia di affari e diritti umani.

Il rilascio di queste *Rules* appare come la giusta occasione per un'ulteriore riflessione sui rapporti tra arbitrato e diritti umani nonché in merito agli accorgimenti che, se correttamente calibrati ed attuati, potrebbero favorire l'effettiva consacrazione dell'arbitrato quale strumento per la risoluzione delle dispute in materia di diritti umani lesi da attività commerciali.

Proprio sotto tale ultimo punto di vista, il patto di arbitrato potrebbe ricoprire un ruolo decisivo, se fosse ipotizzato aperto all'adesione di terzi in guisa da fungere come strumento volto a consentire alla platea potenzialmente indefinita di soggetti i cui diritti umani possano essere violati da una certa attività commerciale di avviare il procedimento arbitrale o, se già incardinato, di intervenire in qualità di parti per veder ivi fatte valere le loro ragioni. L'art. 19(2) e (3) delle *Rules* si pone certamente in questa prospettiva <sup>(8)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Il riferimento è all'art. 1(5) delle *Rules*, ai sensi del quale « The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (the "PCA") shall serve as repository under Article 43. In addition, upon written request of any party and subject to the agreement of the arbitral tribunal and the Secretary-General of the PCA, the PCA shall also provide secretariat services and serve as registry ». Ma si veda anche il Commento all'art. 1(5), punto 6., laddove si legge che « Without prejudice to the parties' ability to agree on another institution to administer and support the arbitral proceedings, Article 1(5) foresees that the PCA will serve this role unless agreed or decided otherwise. Although disputes under these Rules may be administered by any institution that has the capacity and expertise to do so, parties are encouraged not to derogate from the PCA's role as repository under Article 43 of the Rules, as this would defeat certain objectives of the transparency provisions under these Rules ». Nel qual caso, v'è da ritenere che l'amministrazione del procedimento ad opera dell'istituzione eventualmente prescelta avverrà, quanto ai relativi compiti e modalità operative nonché in ordine ai costi, secondo quanto previsto dal relativo regolamento, che, per la Corte Permanente d'Arbitrato, è dato dalle *Arbitration Rules* 2012.

<sup>(7)</sup> Incluso, dunque, il richiamo da parte del nuovo art. 1(4) alle *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* (2013).

<sup>(8)</sup> L'art. 19(2) delle *Rules* così recita: « The arbitral tribunal may allow one or more third persons to join in the arbitration as a party provided such person is a party to or a third party beneficiary of the underlying legal instrument that includes the relevant arbitration agreement, unless, after giving all the party and the person or persons to be joined the opportunity to be heard, the arbitral tribunal finds that joinder should not be permitted. Third persons so joined shall become parties to the arbitration agreement for the purposes of the arbitration. The arbitral tribunal may make a single award or several awards in respect of all parties so involved in the arbitration ». Ai sensi dell'art. 19(3) « Notwithstanding paragraph 2, where a third person is a party to or a relevant third party beneficiary of the arbitration agreement, the arbitral

Va indagato, però, come i terzi non sottoscrittori di una convenzione arbitrale possano divenirne beneficiari e, conseguentemente, agire come parti in arbitrato. Il presente contributo si concentrerà proprio su questo profilo.

2. *Brevi cenni sull'evoluzione storica dei diritti umani.* — Per comprendere quanto sia oggi attuale il dibattito sull'arbitrato quale possibile mezzo di risoluzione delle dispute su violazioni dei diritti umani provocate da attività commerciali appare opportuna una breve digressione sull'evoluzione storica dell'interazione tra diritti umani ed arbitrato <sup>(9)</sup>.

La trattazione dell'argomento non può prescindere da un dato, ovverosia dal fatto che l'impostazione tradizionale fosse orientata a negare qualsiasi reciproca influenza tra diritti umani e sfera contrattuale e, conseguentemente, tra diritti umani ed arbitrato come istituto di matrice prettamente contrattuale <sup>(10)</sup>.

Tale irrilevanza veniva predicata su molteplici piani, tutti corollario della originaria caratterizzazione dei diritti umani <sup>(11)</sup>.

Il processo di evoluzione dei diritti umani <sup>(12)</sup> è generalmente descritto come svoltosi attraverso quattro fasi successive <sup>(13)</sup> — positivizzazione, generalizzazione, internazionalizzazione e specificazione — a ciascuna delle quali ha corrisposto una data connotazione dei diritti umani (riflesso del sentire di

---

tribunal shall not deny the joinder solely on the basis that such joinder might prejudice other parties ».

<sup>(9)</sup> Ha molto approfondito l'argomento dei rapporti tra arbitrato commerciale e diritti umani, con una particolare attenzione all'esperienza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, in *Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, New York (NYU Press), 2017, 479-535. Dello stesso A. si veda anche *Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration: Reflecting on the ECHR Experience*, in *Arb. Int.*, 31, 2015, 1-29, di cui il contributo prima richiamato è uno sviluppo. Si veda anche CRONSTEDT e THOMPSON, *An international arbitration tribunal on business and human rights*, cit.; CRONSTEDT, ELSBOUTS e THOMPSON, *International business and human rights arbitration*, cit. Cfr., altresì, SAMUEL, *Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention of Human Rights, An Anglo-Centric View*, in *Journal of Int. Arb.*, 21, 2004, 413-437; NEIL McDONALD, *More Harm than Good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration*, 20, in *Journal of Int. Arb.*, 20, 2003, 523-538; KAUFMANN-KOHLER, *President's Message, Address at the conference on Arbitration and Human Rights*, tenutasi a Berna il 2 settembre 2005, 23, in *ASA Bulletin*, 1; BOOTH, *Is There a Place for Human Rights Considerations in International Arbitration*, 2009, 24, in *ICSID Rev.*, 109-115.

<sup>(10)</sup> In questo senso si veda, per l'appunto, SAMUEL, *Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention of Human Rights*, cit.; NEIL McDONALD, *More Harm than Good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration*, cit.; in senso difforme, però, KAUFMANN-KOHLER, *President's Message, Address at the conference on Arbitration and Human Rights*, cit.; BOOTH, *Is There a Place for Human Rights Considerations in International Arbitration*, cit.

<sup>(11)</sup> Così BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, cit., 465 ss.

<sup>(12)</sup> Per un'ampia disamina dell'evoluzione storica dei diritti umani si veda FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Milano, 2015, 974 ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., 977 e, per riferimenti bibliografici, cfr. ivi la nota 63.

quel dato momento storico) ed una graduale estensione ad ambiti ai quali essi erano in un primo momento ritenuti estranei.

La fase della positivizzazione — temporalmente collocabile nella seconda metà del XVIII secolo, ma con un precedente storico già nel britannico *Bill of rights* del 1689 — si caratterizzò per la progressiva trasposizione dei valori individuali di libertà in norme giuridiche, anche se dal carattere meramente programmatico e non vincolante. I diritti umani rilevanti nell'era della positivizzazione erano quelli di libertà dell'individuo inteso nella sua unicità (*i.e.* diritto alla vita, diritto alla libertà di espressione, alla libertà di credo, alla libertà da indebite coercizioni alla vita e alla proprietà, diritto al perseguimento del benessere), rispetto ai quali era affermato il divieto di interferenza da parte degli Stati nazionali<sup>(14)</sup>. Si riteneva che questi diritti umani « di prima generazione » potessero essere lesi solo nel contesto di relazioni di tipo verticale (*i.e.* Stato-individuo) di guisa che la relativa protezione si rivolgeva tipicamente contro quei provvedimenti arbitrari ed ingiustificati dello Stato diretti ad ingerire sui proclamati valori di libertà individuale<sup>(15)</sup>. Allo stesso modo, si pensava che i diritti umani non potessero interagire né con l'azione degli organi legislativi e giudiziari (la cui attività non ne sarebbe stata in nessun caso condizionata) né nel contesto di relazioni di tipo orizzontale (*i.e.* tra privati in posizione di “parità”).

A valle di tale peculiare inquadramento, si poneva la tesi tradizionale della irrilevanza dei diritti umani rispetto alle relazioni contrattuali e commerciali e, conseguentemente, della inutilizzabilità dell'arbitrato — in quanto fondato sull'autonomia privata e sul consenso delle parti — come strumento per dirimere le dispute vertenti sui diritti umani.

Nella fase della generalizzazione, la cui collocazione temporale va individuata tra il XVIII e la prima metà del XX secolo, si assistette ad un primo ampliamento della nozione e del novero dei diritti umani. Accanto alle libertà individuali tipiche della prima era, furono affermati i diritti umani « di seconda generazione », con tale espressione intendendosi quelli di partecipazione politica nonché quelli volti a garantire l'intervento dello Stato (quasi in contrapposizione al divieto di ingerenza tipico della fase della positivizzazione) in ambito sociale, economico e culturale al fine di assicurare a tutti gli individui equivalenti posizioni di partenza e pari opportunità (*i.e.* diritto all'educazione, diritto al lavoro, diritto all'organizzazione sindacale e diritto alla salute).

---

<sup>(14)</sup> Come detto in trattazione, ne era un precedente il britannico *Bill of rights* del 1689. Ma si veda, con riferimento alla fase della positivizzazione, la Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti del 4 luglio del 1776, che, tra i diritti inalienabili dell'individuo, annovera la vita, la libertà e il perseguimento del benessere. Si veda anche la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

<sup>(15)</sup> Cfr. BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, cit., 465-466.

La terza fase di tale percorso evolutivo, detta dell'internazionalizzazione ed iniziata con la conclusione della Seconda Guerra Mondiale, si è estrinsecata attraverso la creazione di norme internazionali, inizialmente di stampo universale e programmatico (dunque, non vincolante), volte a proteggere i diritti umani civili e politici nonché quelli sociali, economici e culturali. Il primo passo di questo processo è stato rappresentato dalla Dichiarazione Universale dei diritti umani, adottata dalle Nazioni Unite nel 1948. Ad essa sono seguiti diversi altri trattati multilaterali e convenzioni a livello universale<sup>(16)</sup> e regionale<sup>(17)</sup>, con questi ultimi affermatasi come strumenti forse più penetranti dei primi per l'omogeneità dei valori comuni agli Stati contraenti e per la cogenza delle relative norme a carico degli stessi Stati, la cui osservanza viene assicurata mediante la previsione di meccanismi giurisdizionali di accertamento e di repressione delle violazioni nonché di indennizzo delle eventuali conseguenze pregiudizievoli<sup>(18)</sup>.

Infine, la quarta ed ultima fase, definita della specializzazione, si esprime attraverso il processo, proprio degli anni più recenti, di creazione di norme internazionali a tutela di diritti umani « di terza generazione », tra i quali vanno annoverati il diritto alla tutela dell'ambiente, il diritto alla protezione della *privacy*, il diritto al cibo e all'acqua, il diritto di accesso ad Internet<sup>(19)</sup> nonché quelli affermati a presidio di singoli gruppi di soggetti (bambini, donne, persone affette da disabilità e così via). È stato pure rilevato che sarebbero in corso di affermazione diritti umani « di quarta generazione », volti alla protezione dai rischi del progresso tecnologico, per lo più connessi

---

<sup>(16)</sup> Cfr. ad esempio i Patti delle Nazioni Unite del 1966 sui diritti civili e politici.

<sup>(17)</sup> Si veda la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, a cui ha fatto seguito, nell'evoluzione del processo europeo di integrazione, l'adozione nel 2000 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nota anche come Carta di Nizza (proclamata per la seconda volta il 12 dicembre del 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione e che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 1° dicembre 2009, ha oggi lo stesso valore dei Trattati ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea). Ma si veda anche la Convenzione Americana sui diritti umani del 1969, la Carta Africana dei diritti dell'uomo del 1981, la Carta Araba dei diritti dell'uomo del 1998, entrata in vigore nel 2008. Si veda per un'ampia disamina di queste convenzioni e carte internazionali FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., 976 e 1014-1060.

<sup>(18)</sup> Si vedano gli artt. 19 ss. della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali con riferimento alle funzioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo, con una diffusa disamina da parte di BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, in *Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, cit., 479-535. La Convenzione americana sui diritti umani istituisce due organi di controllo, la Commissione interamericana sui diritti umani (artt. 34 ss.) con il compito principale di promuovere il rispetto e la tutela dei diritti umani e la Corte interamericana dei diritti umani (artt. 52 ss.) competente a conoscere dei ricorsi presentati dagli Stati parti della Convenzione e dalla stessa Commissione in materia di violazione dei diritti umani sanciti dalla Convenzione stessa.

<sup>(19)</sup> Sull'accesso alla rete quale diritto fondamentale della persona il dibattito si è di recente riaperto con grande forza, assai rinvigorito dalla drammatica *escalation* della pandemia da COVID-19 e dalle draconiane misure di contenimento adottate dai singoli Stati nazionali, che hanno imposto — ad esempio — il ricorso massiccio allo *smart working* e alle transazioni commerciali *on line* come strumento quasi esclusivo di approvvigionamento.

all'ambito della bioetica, della biotecnologia e della manipolazione genetica ed informatica <sup>(20)</sup>.

Questa breve digressione consente di cogliere nelle sue linee generali quale sia stato il processo di evoluzione dei diritti umani, inizialmente oggetto di una concezione prettamente individuale, progredita e culminata nel riconoscimento e nella protezione di libertà a contenuto socio-economico-culturale.

Questo percorso evolutivo ha prodotto, come è naturale che fosse, un mutamento nell'approccio alla materia dei diritti umani e nella individuazione dei soggetti la cui azione sia condizionata dalla loro sfera di incidenza.

Innanzitutto, a differenza di quanto si riteneva in un primigenio momento, appare oggi chiaro che tutti gli organi statuali (e non solo i Governi nazionali) devono conformare il rispettivo operato all'osservanza dei diritti umani. Così, il potere legislativo è tenuto ad improntare la propria attività al rispetto dei diritti umani sotto un duplice profilo: (i) in negativo, quale limite al momento dell'approvazione di nuove leggi, che non possono risolversi in misure e previsioni contrastanti con i diritti umani; (ii) in positivo, quale obbligo all'adozione di tutte le misure necessarie ad assicurare l'osservanza dei diritti umani <sup>(21)</sup>. È stato rilevato che, nell'ambito di queste misure di implementazione dei diritti umani, andrebbero annoverate anche quelle volte ad impedire che il comportamento dei privati sfoci in azioni che possano recare pregiudizio ai diritti umani, così che questi ultimi riverberano effetti nel contesto dei rapporti contrattuali o la cui violazione sia ritenuta fonte di responsabilità da fatto illecito <sup>(22)</sup>.

Parimenti, anche gli organi giurisdizionali sono vincolati ai diritti umani, non solo come regole e principi da applicare al merito della controversia, ma anche quali canoni irrinunciabili da osservare nella conduzione di un processo giusto (sia esso civile, amministrativo o penale). In tal senso, si può dire che la ormai consolidata equiparazione della funzione degli arbitri a quella dei giudici statuali fa sì che la disciplina dell'arbitrato e l'attività degli arbitri non si sottraggano ad un analogo dovere di osservanza dei diritti umani.

---

<sup>(20)</sup> Così FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., 979.

<sup>(21)</sup> Questo aspetto è messo in evidenza da BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, cit., 468, il quale rileva proprio come, in passato, la principale minaccia ai diritti umani provenisse dall'azione dei governi nazionali, mentre « [...] there can be no doubt that nowadays human rights law applies also to the other bodies through which State exercise their sovereign powers. Indeed, legislatures are also bound by human rights [...] recognized by most contemporary constitutions as an essential component of the "higher law" of the State legal system. As such, they work as a "negative" limit to the discretion otherwise enjoyed by parliamentary majorities when enacting statutes [...] Human rights can also be the source of "positive" obligations imposed on legislators, whenever the effective enjoyment of human rights by the relevant beneficiaries requires the enactment of specific implementation measures [...] ». Si veda anche FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., 988-989.

<sup>(22)</sup> Così BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, cit., 469.

In secondo luogo, il processo storico di evoluzione dei diritti umani verso la tutela di libertà a contenuto economico (oltre che sociale e culturale) spiega perché non sia più attuale la negazione pregiudiziale di una possibile interazione tra diritti umani ed attività commerciali. Esso rende, anzi, evidente il contrario: ovverosia, che i diritti umani ricoprono ormai un ruolo fondamentale nell'ambito dei rapporti commerciali anche come limite all'esercizio della libertà di impresa e, quindi, come regola di diritto (desumibile tanto dalla *lex causae* quanto dai trattati internazionali o dalle norme inderogabili dello Stato con cui la controversia ha la più stretta connessione) che gli organi giurisdizionali sono chiamati ad applicare nella definizione della controversia loro demandata.

È chiaro come, in questa prospettiva, l'impostazione tradizionale secondo cui i diritti umani avrebbero la propria sfera d'azione limitata alle sole relazioni di tipo verticale possa considerarsi oggi non più attuale e, comunque, non più razionalmente sostenibile.

Appare corretto, al contrario, sostenere la rilevanza dei diritti umani anche nell'ambito dei rapporti di tipo orizzontale — *i.e.* privato-privato (persone fisiche e giuridiche) —, tanto di natura contrattuale quanto di matrice extracontrattuale <sup>(23)</sup>.

Allo stesso modo, sembra possibile affermare che, nell'obbligo dei singoli Stati di assicurare all'interno della propria giurisdizione l'osservanza dei diritti umani, rientri anche l'impegno di proteggere i privati dalle violazioni che non siano conseguenza dell'azione degli organi statuali <sup>(24)</sup>. Il che deve *a fortiori* avvenire quando un certo rapporto si connota per una forte posizione di squilibrio di una parte in danno dell'altra e lo Stato sia chiamato ad intervenire con misure perequative (si pensi, ad esempio, ai rapporti tra imprese e professionisti, da un lato, e consumatori, dall'altro nonché alla tutela dei diritti dei lavoratori verso il datore di lavoro e, in generale, ai contratti standard o per adesione) <sup>(25)</sup>.

### 3. *Diritti umani, attività commerciali ed arbitrato.* — L'analisi dell'evo-

---

<sup>(23)</sup> Per riferimenti dottrinari si veda *supra* la nota 11.

<sup>(24)</sup> Si veda, al riguardo, *U.N. Human Rights Council, IMPLEMENTATION OF GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 60/251 OF 15 MARCH 2006 ENTITLED "HUMAN RIGHTS COUNCIL", "Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts", Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, § 18, consultabile al link <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>, ove si legge che « [...] In sum, the state duty to protect against non-state abuses is part of the very foundation of international human rights regime. The duty requires states to play a key role in regulating and adjudicating abuses by business enterprises or risk breaching their international obligations [...] ».

<sup>(25)</sup> Così BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, cit., 470.

luzione storica dei diritti umani dimostra come non appaia più revocabile in dubbio che i privati e, tra questi, le imprese siano soggetti ai diritti umani, non solo come destinatari dei relativi limiti, ma anche come beneficiari delle connesse e speculari situazioni di vantaggio. Questo aspetto è stato assai efficacemente posto in risalto da chi ha investigato a fondo l'argomento <sup>(26)</sup>.

Infatti, le imprese — al pari delle persone fisiche — beneficiano dei diritti umani, anche quando potrebbero apparirvi estranee. Così, ad esempio, esse hanno senz'altro diritto che siano loro garantiti i principi del giusto processo (*i.e.* imparzialità ed indipendenza dell'organo giudicante; diritto di difendersi e contraddire; diritto di esporre in modo compiuto le proprie ragioni). Ed ancora, anche le imprese, al pari delle persone fisiche, hanno diritto alla libertà di espressione e di associazione, che eserciteranno con modi e forme diverse dalle persone fisiche.

Ma — e questo è senz'altro l'aspetto più sensibile — i diritti umani sono fonti di obbligazioni per le imprese, le quali sono soggette ai limiti imposti al libero esercizio della loro attività in funzione dell'osservanza dei diritti umani (si pensi al rispetto dei diritti dei lavoratori e, in connessione con il diritto alla salute, al diritto alla sicurezza sul luogo di lavoro o, in connessione con i diritti alla libertà di espressione e di associazione, al diritto alla rappresentanza sindacale; si pensi al diritto di non recare danno alle comunità residenti nei luoghi in cui sia intrapresa una certa iniziativa economica in connessione con il diritto alla salute e alla tutela dell'ambiente; si pensi alla tutela dei diritti del consumatore).

Questi limiti possono essere sostanzialmente di due tipi <sup>(27)</sup>.

Essi possono essere esterni all'impresa e, dunque, promanare da convenzioni o trattati internazionali o da leggi, siano essi a tutela delle libertà individuali tradizionali (*i.e.* libertà di espressione e di associazione sindacale da parte dei lavoratori) o poste a presidio dei diritti umani di seconda e terza generazione (*i.e.* diritto alla salute, tanto con riguardo alla sicurezza sul lavoro quanto al benessere dell'individuo, diritto all'istruzione, diritto alla tutela dell'ambiente e diritto all'accesso alla rete Internet).

Tali vincoli possono, però, anche essere auto-imposti e, quindi, originare da specifici impegni che l'impresa abbia deciso di assumere. Questo è quanto avviene, ad esempio, in forza di un codice di condotta di cui l'impresa abbia deciso di dotarsi e mediante il quale essa obblighi sé e le proprie controllate, verso i diversi portatori d'interesse (*i.e.* azionisti, consumatori, lavoratori, comunità locali le cui aree territoriali siano coinvolte in un certo progetto), all'osservanza dei diritti umani, a far sì che li osservino le proprie controparti

---

<sup>(26)</sup> Così BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, cit., 471-475.

<sup>(27)</sup> Sul punto si veda sempre BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, cit., 473-475.

contrattuali e ad adottare ogni misura necessaria a garantire l'adempimento di simili impegni.

Quando questo accade, l'efficacia dei relativi obblighi si propaga oltre l'impresa per estendersi ai suoi contraenti immediati (siano Stati o privati) poiché il codice di condotta, una volta emanato, dovrà considerarsi incorporato *per relationem* in tutti i contratti stipulati in virtù di esplicito richiamo che ad esso sia fatto <sup>(28)</sup>. Il che nemmeno esclude che l'impresa e le sue controparti possano riprodurre esplicitamente nelle clausole del singolo contratto le previsioni del codice di condotta.

Queste dichiarazioni non di rado configurano un obbligo espresso a carico dei contraenti diretti dell'impresa di imporre, a loro volta, analoghi impegni ai contraenti successivi. Mediante simili *perpetual clauses* le società — per lo più multinazionali che operano in paesi a basso tasso di sviluppo o, comunque, poco inclini alla tutela dei diritti umani — realizzano validi meccanismi per mitigare il rischio di violazioni dei valori fondamentali nelle catene di fornitura o di approvvigionamento <sup>(29)</sup>. In tal modo, l'impresa crea un sistema di controllo e di correlate responsabilità che, attraversando l'intera filiera, chiama in causa tutti i soggetti che vi sono a vario titolo coinvolti.

In ogni caso, le clausole che sanciscono simili impegni possono essere concepite con un mero rinvio all'elencazione dei diritti umani contenuti in una data fonte internazionale, ma possono anche contenere una chiara ed autonoma descrizione dei diritti umani oggetto di specifica protezione e delle condotte vietate nel caso di specie. È stato anche osservato che la chiara enunciazione delle condotte proibite, oltre che del correlato sistema di tutele, anche con riferimento allo schema di risoluzione di eventuali dispute <sup>(30)</sup>, assicurerebbe un più elevato livello di effettività alla difesa dei diritti umani <sup>(31)</sup>.

La responsabilità sociale delle imprese è, dunque, un dato ormai conso-

---

<sup>(28)</sup> Si veda BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, cit., 473-475 e, specificamente, 473 alla nota 32: « The fact that the adoption of “codes of conduct” or “ethical protocols” is not mandatory does not necessarily imply that such instruments, once adopted, cannot be the source of obligations. Indeed, all contractual counterparties of a company (clients, suppliers, joint venture partners, employees) could argue that they have relied on the existence of such codes or protocols when they decided to enter into a relationship with the company, with the result that the company's undertaking to respect human rights is to be deemed incorporated in the relevant contract by reference. On the other hand, the company could insert in the relevant contracts an undertaking whereby its counterparties are requested to comply with its “codes of conducts” or “ethical protocols” providing for remedies (termination right, liquidated damages) in case such undertaking is breached ».

<sup>(29)</sup> Per considerazioni in merito cfr. CRONSTEDT e THOMPSON, *An international arbitration tribunal on business and human rights*, cit., 18.

<sup>(30)</sup> Sul punto si veda *infra* in questo paragrafo e, più nel dettaglio, nel successivo § 4.

<sup>(31)</sup> Cfr. CRONSTEDT e THOMPSON, *An international arbitration tribunal on business and human rights*, cit., 18 e poi ivi alla nota 33.

lidato<sup>(32)</sup> così come lo è la centralità che l'impegno al rispetto dei valori fondamentali ha assunto per gli operatori commerciali e, in modo assai rilevante, per le multinazionali operanti nei più svariati settori (ad esempio bancario e finanziario<sup>(33)</sup>, energetico, delle infrastrutture, dell'abbigliamento e delle calzature), le cui attività sono marcatamente esposte, per le aree geografiche in cui si svolgono, per l'entità dei progetti realizzati e per il numero dei soggetti coinvolti, al pericolo di violazioni dei diritti umani<sup>(34)</sup>.

Le ragioni della crescente attenzione verso l'adozione di politiche imprenditoriali a tutela dei diritti umani sono molteplici e sono determinate anch'esse da fattori interni ed esterni all'impresa<sup>(35)</sup>.

Tra i fattori interni sono annoverabili quelli che traggono origine dalla tradizione e dall'immagine dell'impresa, la quale sia stata da sempre attenta ad alcuni paradigmi, come, ad esempio, l'agire secondo precisi criteri etici, il

---

<sup>(32)</sup> La sanciscono espressamente, ad esempio, gli *U.N. Guiding Principles on Human Rights*, il cui II Pilastro è rappresentato proprio dall'obbligo delle imprese di rispettare i diritti umani impedendone le violazioni e contrastando l'impatto negativo su di essi delle attività di affari. Per ulteriori riferimenti ai *Guiding Principles* delle Nazioni Unite si veda *supra* la nota 1.

<sup>(33)</sup> Le istituzioni finanziarie — ad esempio — hanno già da tempo assunto un ruolo centrale nell'adozione di politiche volte ad imporre l'osservanza dei diritti umani nei contratti di *project financing*. In tal senso, uno degli schemi più evoluti è quello degli *Equator Principles*, in vigore dal 2003 e oggi adottati nel mondo da 108 istituzioni finanziarie in 38 paesi, i quali, come osservato da ALFORD, *Arbitration Human Rights, Notre Dame Law School, Journal Articles*, cit., 534, « [...] represent the privatization of social and environmental commitments [...] ». Gli *Equator Principles* sottopongono la finanziabilità dei progetti alla condizione che il soggetto finanziato abbia fornito un'analisi dell'impatto sociale ed ambientale del progetto e si sia impegnato ad osservare uno standard minimo per il controllo ed il contenimento del rischio ambientale e sociale. Maggiori informazioni sugli *Equator Principles* sono rinvenibili a <https://equator-principles.com>. Gli *Equator Principles*, nella versione aggiornata al 2020, sono consultabili a <https://equator-principles.com/wp-content/uploads/2020/05/The-Equator-Principles-July-2020-v2.pdf>. Nel settore tessile, invece, si veda il *Bangladesh Accord on Fire and Building Safety*, sottoscritto dopo il tragico crollo nel 2013, dovuto ad un incendio, di un edificio in Rana Plaza a Savar, alla periferia di Dacca, tra aziende di abbigliamento e organizzazioni sindacali dei lavoratori e volto ad imporre un livello minimo di tutela dei diritti dei lavoratori in relazione alla sicurezza sul luogo di lavoro. Per maggiori informazioni sul *Bangladesh Accord on Fire and Building Safety*, si rinvia all'indirizzo <https://bangladeshaccord.org>. L'Accordo, nella sua versione del 2018, è consultabile, invece, all'indirizzo <https://bangladesh.wpengine.com/wp-content/uploads/2018/08/2018-Accord.pdf>.

<sup>(34)</sup> Cfr. ALFORD, *Arbitration Human Rights, Notre Dame Law School, Journal Articles*, cit., 531. Cfr. anche MORGAN e CATAIFE, *Responsible Supply Chain Management*, in *Focus*, June, 2005, 1, i quali rilevano come « [...] In this era of globalization, supply chains are facing greater challenges than ever as products are sourced from a myriad of countries and factories, with different laws, customs, and standards. Better organized and more vocal stakeholders group, reinforced by negative media coverage, are also pushing companies toward more responsible supply chain practices. Companies — in a wide range of industries that reach far beyond apparel and footwear — not only have to negotiate the geographic complexities of this new reality, they have to work out to what extent their responsible business practices can be enforced in third-tier supplier organizations [...] ».

<sup>(35)</sup> Cfr. ALFORD, *Arbitration Human Rights, Notre Dame Law School, Journal Articles*, cit., 530-531, secondo cui « [...] In terms of what drives companies to embrace good corporate citizenship, the internal motivators of corporate tradition and business image may be far more important than external pressure such as consumer expectations, laws, and political pressure [...] ».

prestare attenzione al benessere dei lavoratori, il realizzare il profitto pagando le imposte e creando occupazione, il fornire prodotti e servizi sicuri ed affidabili, il rispettare l'ambiente, il migliorare le condizioni di vita delle comunità locali <sup>(36)</sup>.

Tra i fattori esterni rileva certamente più di ogni altro il beneficio reputazionale che un'impresa può conseguire presso la comunità dei portatori d'interesse (lavoratori, consumatori, comunità locali, fornitori, organizzazioni non governative, azionisti, finanziatori) dall'adozione di simili strategie di protezione dei diritti umani <sup>(37)</sup>. La rilevanza del profilo reputazionale è tale che le iniziative attuate dalle imprese allo scopo di assicurare il rispetto dei diritti umani sono divenute ormai parte integrante delle relazioni con i *partners* commerciali e che l'adempimento dei correlati obblighi ha raggiunto un'importanza almeno pari a quello delle più tipiche obbligazioni assunte nell'ambito di questo genere di rapporti (ad esempio, osservare i livelli di qualità convenuti oppure osservare i tempi di consegna). La sensibilità al tema è ormai così alta che quel che ci si attende dall'impresa è non solo che essa si vincoli all'osservanza di un codice di condotta, ma che essa imponga identici parametri etici ai propri fornitori nonché ai successivi subfornitori lungo l'intera catena di approvvigionamento <sup>(38)</sup>.

Le imprese che vogliano uniformare la loro attività all'attuazione di un efficiente sistema di responsabilità sociale non possono limitarsi alla sola previsione di obblighi, a carico proprio e dei contraenti (diretti e indiretti), di rispettare i diritti umani. Tali strategie, per essere realmente efficaci, devono prevedere adeguati meccanismi di risoluzione delle dispute. È noto, infatti, che uno dei principali ostacoli alla realizzazione di un'ideale struttura di protezione dei diritti umani si annida da sempre nella difficoltà di istituire un sistema efficiente di definizione delle liti, realmente accessibile alle vittime e celere nella sua definizione.

In tal senso, il percorso evolutivo dei diritti umani e la loro ormai acclarata incidenza sulle relazioni commerciali e, dunque, su di un ambito prettamente contrattuale, ha comportato il superamento della negazione pregiudiziale della possibilità di ricorrere all'arbitrato quale mezzo di risoluzione delle dispute in materia di violazioni dei diritti umani <sup>(39)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Si veda ALFORD, *Arbitration Human Rights, Notre Dame Law School, Journal Articles*, cit., 530 e ivi alla nota 119.

<sup>(37)</sup> ALFORD, *Arbitration Human Rights, Notre Dame Law School, Journal Articles*, cit., 530-531 e, specificamente, 531, secondo cui « [...] of course external pressure will often play a significant role in molding corporate behavior as well [...] ».

<sup>(38)</sup> Cfr. sempre ALFORD, *Arbitration Human Rights, Notre Dame Law School, Journal Articles*, cit., 532-533.

<sup>(39)</sup> L'aspetto è messo in evidenza da BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, cit., 471, il quale rileva che « [...] This shows why the argument that the contractual foundation of arbitration makes it "foreign" to human rights law is fundamentally wrong. In fact, in most contemporary legal systems arbitration is considered "functionally equivalent" to the administration of justice by State courts in

Possono invocarsi già esempi di simili meccanismi di definizione delle controversie. Sono riscontrabili codici di condotta e accordi multilaterali tra vari *stakeholders* contenenti *escalation clauses* che, passando per il previo tentativo di negoziazione amichevole e, in caso di fallimento, per la procedura di mediazione (anch'essa, in ipotesi, conclusasi negativamente), culminano nell'arbitrato quale strumento finale di definizione della lite in questo peculiare ambito <sup>(40)</sup>.

Il ricorso all'arbitrato, quale mezzo di risoluzione di eventuali dispute per violazioni dei diritti umani cagionate da attività commerciali, può recare beneficio sia alle imprese — direttamente o indirettamente coinvolte nella violazione dei diritti umani — sia alle vittime. I vantaggi prescindono dal fatto che vi sia o meno un'autorità giudiziaria dinanzi alla quale invocare la protezione (in molte realtà ciò non è nemmeno riscontrabile) e vanno dall'accessibilità alla tutela da parte delle vittime all'imparzialità e competenza dell'organo giudicante sino alla rapidità nella definizione della disputa <sup>(41)</sup>. Siffatto ultimo aspetto può essere di particolare interesse soprattutto per le

---

civil or commercial matters. If this is so, it should not come as a surprise that human rights can also become relevant to assessing the legitimacy of laws regulating arbitration or decisions taken by arbitral tribunals and by courts in arbitration-related matters [...] ». Lo stesso A., nel prosieguo del suo contributo, rileva che le iniziative che le imprese possono assumere a fine di realizzare un efficiente sistema di tutela dei diritti umani « [...] may include “unilateral offers to arbitrate” for the settlement of human rights dispute between the company and other private parties [...] ».

<sup>(40)</sup> Si veda il già citato *Bangladesh Accord on Fire and Safety Building*, il quale reca una clausola di risoluzione delle controversie del seguente tenore (si veda *supra* alla nota 33 per riferimenti relativi ad informazioni sul, e alla consultazione del, *Bangladesh Accord on Fire and Safety Building*): « 3. Any dispute between the parties to, and arising under, the terms of this Agreement shall be presented to and decided by the SC.

The Steering Committee shall adopt a revised Dispute Resolution Process (DRP) to specify the timelines and procedures involved when disputes are presented to the SC, with the aim to establish a fair and efficient process. The decision making process of the SC shall be supported by a member of Accord secretariat who will perform an initial investigation for the parties and present fact and their recommendations.

The DPR will also incorporate the opportunity for parties to participate in a mediation process in order to make arbitration unnecessary where there is no resolution of the dispute by the SC.

Upon request of either party, the decision of the SC may be appealed to a final and binding arbitration process. Any arbitration award shall be enforceable in a court of law of the domicile of the signatory against whom enforcement is sought and shall be subject to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (The New York Convention), where applicable. The process for binding arbitration, including, but not limited to, the allocation of costs relating to any arbitration and the process for election of Arbitrator, shall be governed by the UNCITRAL Arbitration Rules (as in its last version) unless otherwise agreed by the parties. The arbitration shall be seated in The Hague and administered by the Permanent Court of Arbitration ».

<sup>(41)</sup> Tutti questi profili sono trattati da CRONSTEDT e THOMPSON, *An international arbitration tribunal on business and human rights*, cit., 12 ss. e, in particolare, 16-17, i quali rilevano, tra l'altro, che « [...] Both victims and the MNE have an incentive to voluntarily agree to submit the dispute to arbitration. The victims would have an effective forum in which to seek justice; the MNE would have a way of resolving a matter that, if allowed to fester, could have deleterious consequences for its risk profile, reputation and social license [...] ».

imprese, le quali forse più delle vittime possono patire un contenzioso prolungato e, non infrequentemente, investito da una notevole eco mediatica.

L'aspetto che si vuole a questo punto investigare è quale possa essere la via affinché l'arbitrato, come già accaduto per le dispute commerciali e in materia di investimenti, si diffonda come strumento credibile per la risoluzione delle controversie in materia di diritti umani.

L'ipotesi che si vorrebbe avanzare è che — al di là dei plurimi e comunque assai rilevanti profili di criticità, che non saranno oggetto di questo contributo (*i.e.*, per citarne alcuni, imparzialità del tribunale arbitrale; disparità dei mezzi a disposizione delle parti nell'accesso alla tutela e nell'accesso alle prove; trasparenza del procedimento arbitrale; costi; eseguibilità del lodo ai sensi della Convenzione di New York del 1958) — un forte impulso potrebbe venire dall'impiego di forme di convenzioni di arbitrato a formazione progressiva, le quali rendano accessibile il meccanismo di protezione alle vittime delle violazioni dei diritti umani, anche quando queste ultime non siano parti dello strumento giuridico in cui è contenuta la clausola compromissoria o si sia in presenza di una *option/offer to arbitrate* inserita — ad esempio — in un codice di condotta unilateralmente adottato dall'impresa.

4. *I diritti dei terzi beneficiari non sottoscrittori della convezione di arbitrato: "option to arbitrate" e "offerta unilaterale di arbitrare"*. — Il deferimento in arbitrato di una disputa in materia di diritti umani può avvenire su accordo sopravvenuto delle parti in relazione ad una controversia già insorta e, dunque, in forza di un compromesso.

Esso può, altresì, essere effetto di una clausola compromissoria inserita dalle parti in un contratto con cui le stesse si siano impegnate all'osservanza dei diritti umani e a demandare in arbitrato le eventuali controversie future in materia.

Il deferimento in arbitri delle dispute in materia di diritti umani può anche essere conseguenza di un accordo multilaterale sottoscritto, ad esempio, tra imprese operanti in un certo settore, organizzazioni sindacali, organizzazioni non governative ed altri soggetti portatori di interessi a protezione di determinati diritti umani<sup>(42)</sup>.

Un caso particolare, ma produttivo di effetti analoghi a quelli appena descritti, è l'impresa che si doti di un codice di condotta che sancisca l'impegno suo, delle proprie controllate nonché dei diretti contraenti all'osservanza di determinati diritti umani e che, allo stesso tempo, preveda un meccanismo di risoluzione delle connesse dispute. Il codice di condotta,

---

<sup>(42)</sup> Esempio di un accordo di questo tipo è proprio il *Bangladesh Accord on Fire and Safety Building* di cui si è già detto ed in relazione a cui si rinvia *supra* alle note 33 e 40, il quale contiene proprio una *escalation clause*, che prevede, come ultimo passaggio, il ricorso all'arbitrato.

infatti, si considererà integrato *per relationem* nei contratti stipulati dall'impresa in forza di esplicito richiamo che ad esso sia fatto.

In tutte queste ipotesi, le parti del compromesso o della clausola compromissoria, così come la società adottante il codice di condotta e coloro che poi vi aderiscano, saranno vincolate al consenso da loro espresso di guisa che eventuali controversie su violazioni dei diritti umani dovranno da loro essere demandate ad un arbitrato, che potrà essere *ad hoc*, meramente regolamentato o amministrato, a seconda di quanto previsto dal relativo patto.

I medesimi strumenti possono anche recare previsioni che, oltre all'impegno delle parti contraenti o dell'impresa offerente di deferire in arbitrato le controversie originate dalla violazione dei diritti umani, consentano a chiunque affermi di aver subito la violazione di incardinare l'arbitrato o, se già iniziato, di intervenire in qualità di parte.

Quest'ultima ipotesi è stata da più parti definita come la frontiera più avanzata dell'arbitrato in materia di diritti umani<sup>(43)</sup> poiché — in combinato con altri accorgimenti, che abilitino, ad esempio, le organizzazioni non governative ad agire per conto dei danneggiati<sup>(44)</sup> — ne farebbe un'efficace alternativa in vista della realizzazione di un meccanismo di tutela accessibile alle vittime delle violazioni.

Non si possono, però, negare le criticità connesse ad ipotesi che aprano la via dell'arbitrato a soggetti che non siano parti della sottostante convenzione<sup>(45)</sup>.

L'attenzione va sulla figura della convenzione di arbitrato asimmetrica (o ibrida o unilaterale), la cui diffusione è stata investigata in diversi contributi.

---

<sup>(43)</sup> Si veda ALFORD, *Arbitration Human Rights*, *Notre Dame Law School, Journal Articles*, cit., 540 ss. e, specificamente, a pagina 540, «[...] The final frontier for arbitrating human rights claims is contractual empowerment of third parties. This approach takes general theories of contractual third-party beneficiary rights, applies it to the dispute resolution context, and then includes within its scope contractual claims for human rights violations. This approach suggests that there are legal mechanisms available to permit human rights victims or human rights organizations to monitor abuses and pursue remediation as third-party beneficiaries [...]». Cfr. BENEDETTELLI, *The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective*, cit., 473, alla nota 32. Si veda anche CRONSTEDT e THOMPSON, *An international arbitration tribunal on business and human rights*, cit., 19, secondo cui «[...] But the effectiveness of their contractual arrangements can be greatly enhanced by empowering potential victims to join as party in an arbitral procedure or to act on their own behalf [...]».

<sup>(44)</sup> Così, in particolare, CRONSTEDT e THOMPSON, *An international arbitration tribunal on business and human rights*, cit., 20, il quale rileva che «[...] It would be unrealistic to rely upon the victims themselves to have the wherewithal to assert their rights. Therefore contractual clauses should be made known to labor unions, human rights NGOs, human rights advocates and others to inform them of victims' rights and enable them to act on victims' behalf [...]».

<sup>(45)</sup> Per un'ampia disamina dell'argomento riguardante l'estensione soggettiva della convenzione di arbitrato si veda ZUCCONI GALLI FONSECA, in *L'Arbitrato*, cit., 125 ss. e, con particolare riguardo ai casi in cui la convenzione si estende ai terzi, si veda la pagina 126. Della stessa A., sempre sull'argomento, si vedano anche due assai approfonditi contributi, *La clausola compromissoria nei contratti collegati*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 3, 2019, 827 ss. e *La clausola compromissoria nei contratti collegati fra parti diverse*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 4, 2019, 1169 ss.

Tutti questi lavori mettono in rilievo la notevole diffidenza e le molte incertezze con cui la dottrina e le corti nazionali sono via via giunti ad ammettere la legittimità di simili meccanismi <sup>(46)</sup>. Il problema, per inciso, non sembra porsi in termini difformi per la clausola asimmetrica giurisdizionale, che lasci, dunque, ad una parte la facoltà di optare per un foro diverso rispetto a quello a cui spetterebbe la *potestas iudicandi* secondo criteri legali o per volontà delle parti <sup>(47)</sup>.

Il principale profilo di criticità in vista del riconoscimento della legittimità di simili sistemi di formazione della convenzione arbitrale è stato rintracciato nella carenza di reciprocità tra le rispettive posizioni delle parti. Un'asimmetria data dal fatto che ad essere vincolata all'opzione arbitrale, quantomeno in una fase iniziale, sarebbe solo una delle parti, mentre all'altra sarebbe riservata la facoltà di scegliere se adire la via arbitrale o se, piuttosto, seguire la via ordinaria dinanzi all'autorità giudiziaria secondo i criteri applicabili. A ciò si aggiunga che l'ipotesi che vuole ammettere alla tutela arbitrale in materia di diritti umani i terzi non sottoscrittori del sotteso patto si connota per l'ulteriore peculiarità che l'offerta di arbitrare sarebbe rivolta non ad una controparte individuata, bensì ad una pluralità indefinita di soggetti.

Un secondo aspetto critico è stato individuato nella indeterminatezza del momento in cui la facoltà di scelta possa essere esercitata dal relativo titolare: si è, cioè, evidenziato che quest'ultimo potrebbe provocare l'improcedibilità del giudizio eventualmente avviato dall'altra parte dinanzi all'autorità giudiziaria addirittura in qualsiasi momento mediante il mero esercizio della facoltà concessagli.

Il punto è, dunque, se convenzioni arbitrali così formatesi possano ritenersi, o meno, valide. Occorre, cioè, domandarsi se schemi di quel tipo siano giuridicamente giustificabili e se sia configurabile, ad esempio, la formazione progressiva del patto di arbitrato in dipendenza della successiva adesione di terzi <sup>(48)</sup>.

---

<sup>(46)</sup> Si veda CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, in questa *Rivista*, 2, 2019, 273 ss. Cfr. altresì FABBI, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, *Int'l Lis*, IV, 2012, 192 ss.; MARTUSCELLI, *Mutualità ed unilateralità della clausola compromissoria: la cosiddetta opzione di arbitrato*, consultabile al seguente indirizzo [www.comparazioneDirittoCivile.it/prova/files/martuscelli\\_mutualita.pdf](http://www.comparazioneDirittoCivile.it/prova/files/martuscelli_mutualita.pdf); USTINOV, *Unilateral arbitration clauses*, Master's thesis, Tilburg University, in [www.academia.edu](http://www.academia.edu); REUBEN, *First Options Consent to Arbitration, and the Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions*, consultabile all'indirizzo [www.scholarship.law.missouri.edu/facpubs/334/](http://www.scholarship.law.missouri.edu/facpubs/334/); PERENYIOVA, *Unilateral Option Clauses in Commercial Arbitration*, LL.M. Short Thesis, Central European University, consultabile al link [http://www.etd.ceu.hu/2014/perenyiova\\_judita.pdf](http://www.etd.ceu.hu/2014/perenyiova_judita.pdf).

<sup>(47)</sup> Per alcuni interessanti esempi sul wording delle convenzioni asimmetriche, tanto arbitrali quanto giurisdizionali, si veda CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., 274-275.

<sup>(48)</sup> Sul tema della formazione progressiva dell'accordo compromissorio cfr. in particolare il contributo di FABBI, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta*

I punti di vista espressi al riguardo sono stati diversi con non trascurabili differenze tra ordinamenti di *common law* (forse maggiormente sollecitati sull'argomento) e ordinamenti di *civil law*.

Nell'esperienza inglese, ad esempio, le corti hanno a lungo ritenuto le convenzioni arbitrali ibride invalide per assenza di mutualità e di bilateralità del consenso<sup>(49)</sup>. Questo approccio al tema, oggetto di forte critica in dottrina<sup>(50)</sup>, subì un radicale mutamento di rotta a partire dalla seconda metà degli anni '80, quando le stesse corti del Regno Unito riconobbero il ruolo centrale dell'autonomia privata e intuirono come le clausole unilaterali non fossero convenzioni arbitrali perfezionate, bensì patti di opzione in vista della futura (ma non ancora intervenuta) conclusione della clausola compromissoria<sup>(51)</sup>. Allo stato attuale, la generale validità delle clausole compromissorie asimmetriche non pare essere più in discussione nel Regno Unito<sup>(52)</sup>.

Negli Stati Uniti d'America — per rimanere agli ordinamenti di *common law* — il dibattito ha conosciuto un'evoluzione molto simile a quella riscontrata nel Regno Unito. Vi è stata una peculiarità, però, con cui la giurisprudenza e la dottrina statunitensi sono state chiamate a confrontarsi e che spiega

---

*unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, cit., 194-196.

<sup>(49)</sup> Con riguardo all'esperienza del Regno Unito la prima decisione di questo tipo segnalata è *Baron v Sunderland Corp.* del 1966, secondo la quale « [...] it is an essential ingredient of an arbitration clause that either party may, in the event of a dispute arising, refer it, in the provided manner, to arbitration. In other words, the clause must give bilateral rights of reference [...] ». USTINOV, *Unilateral arbitration clauses*, cit., 13, riporta nella stessa direzione anche *Tote Bookmakers Ltd v Development and Property Holding Co Ltd.* del 1985.

<sup>(50)</sup> Si veda sul punto FABBI, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, cit., 193, che, alla nota 7, richiama i contributi critici di alcuni autori e che rievoca, tra l'altro, una decisione di segno favorevole alla validità di simili clausole della Corte Suprema dell'India nel caso *Union of India* del 1977.

<sup>(51)</sup> Si veda la decisione del caso *Pittalis v Shereffettin* del 1986, con cui la Corte d'Appello di Londra per la prima volta respinse l'idea del difetto di mutualità come causa invalidante la clausola asimmetrica, in quanto « [...] I can see no reason why, if an agreement between two parties confers to one of them alone the right to refer the matter to arbitration, the reference should not constitute an arbitration. There is a fully bilateral agreement which constitutes a contract to refer. The fact the option is exercisable by one of the party only seems to me to be irrelevant. The arrangements suits both parties [...] ». Il caso *Pittalis v Shereffettin* aveva avuto un precedente nella sentenza della Corte Suprema dell'India del 1977 richiamata alla precedente nota 50.

<sup>(52)</sup> Sottolinea USTINOV, *Unilateral arbitration clauses*, cit., 14, come, alla decisione *Pittalis v Shereffettin* siano seguite altre decisioni dello stesso tenore. Si veda *NB Three Shipping Ltd v Harebell Shipping Ltd* del 2004, con cui è stato ritenuto che non ci sia nulla di contraddittorio nel fatto che ad una parte del contratto sia concessa una posizione di "vantaggio" rispetto all'altra; cfr. anche *Debenture Trust Corp plc v Elektrim Finance BV* del 2005, con cui è stato affermato che « [...] a unilateral clause gives an additional advantage to one of the parties but this should be treated in the same vein as any other contractual clause giving advantage and not as a peculiarity on its own [...] ». Si veda anche *Mauritius Commercial Bank Ltd v Hestia Holdings Ltd and another* del 2013, con cui la High Court ha concluso per l'assenza di dubbi circa la validità delle clausole arbitrali ibride e ha rilevato che le stesse sono da ritenersi funzionali allo sviluppo degli affari, i quali sono soggetti alla generale autonomia delle parti.

la perdurante ritrosia con cui la validità di simili meccanismi è stata affermata in quell'ordinamento: queste clausole, infatti, vengono spesso inserite a proprio stesso vantaggio dalla parte predisponente il contratto standard o destinato ad essere concluso per effetto della sola adesione del consumatore o, addirittura, inserite nei contratti di lavoro ad esclusivo favore del datore di lavoro<sup>(53)</sup>. L'uso "abusivo" fattone ha spinto a negare la validità delle clausole arbitrali unilaterali, in alcuni casi in ragione della mancanza di bilateralità<sup>(54)</sup>, in altri in dipendenza della loro irragionevolezza perché effetto dello sfruttamento della posizione di predominanza di una parte in danno dell'altra (c.d. *unconscionability doctrine*)<sup>(55)</sup>. Il generalizzato atteggiamento di sfavore verso la legittimità delle clausole arbitrali ibride ha tuttavia conosciuto eccezioni sempre più frequenti, anche se in buona parte legate all'area geografica delle corti statunitensi investite della questione, sulla scorta dell'argomento per cui tali convenzioni asimmetriche sarebbero autonome rispetto al contratto principale a cui esse accedono e, dunque, valide ed idonee a vincolare le parti<sup>(56)</sup>. In ogni caso, non sembra tutt'ora possibile parlare di un orientamento definitivamente consolidatosi in una certa direzione anche perché, come già detto, molte delle pronunce statunitensi che hanno valutato nulle le clausole compromissorie unilaterali hanno statuito in

---

<sup>(53)</sup> Sottolineano il profilo FABBÌ, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, cit., 193-194; CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., 281-282; USTINOV, *Unilateral arbitration clauses*, cit., 14-17.

<sup>(54)</sup> USTINOV, *Unilateral arbitration clauses*, cit., 15, richiama diverse decisioni della Corte Suprema dell'Arkansas (*Showmethemoney Check Cashers v Wanda Williams and Sharon McGhee* del 2000 e *E-Z Cash Advance, Inc. v Harris* del 2001), che hanno ritenuto invalide le clausole compromissorie asimmetriche sulla scorta del motivo dell'assenza di reciprocità.

<sup>(55)</sup> Cfr. sempre USTINOV, *Unilateral arbitration clauses*, cit., 15, il quale cita una sentenza della Corte d'Appello della California (*Armendariz v Foundation Health Psychare Services, Inc.*, sempre in materia di contratto di lavoro) ed una della Corte Suprema della West Virginia (*Arnold v United Companies Lending Corp.* in materia di contratto di finanziamento), entrambe del 1998. Ambedue le decisioni dichiararono invalida la clausola arbitrale unilaterale sulla base della dottrina della irragionevolezza.

<sup>(56)</sup> Si veda CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., 282 e, specificamente, ivi la nota 40, dove l'A. richiama *Prima Paint Corp. v Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967), consultabile all'indirizzo <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/395/>; *Hannon v Original Gunit Aquatech Pools, Inc.*, 434 N.E.2d 611 (Mass. 1982); *Forbes v A.G. Edwards & Sons, Inc.*, No. 08 Civ. 552 (TPG) 2009 U.S. Dist. LEXIS 12894 (S.D.N.Y. Feb. 18, 2009); *Harris v Green Tree Fin Corp.*, 183 F.3d 173 (3d Cir 1999); *Tranchant v Ritz Carlton Hotel Co.*, No. 2:10-cv-233-FtM-29-DNF, 2011, U.S. Dist. LEXIS 35099 (M.D. March 31, 2012); *Barker v Golf U.S.A., Inc.*, 154 F.3d 788 (8th Cir. 1998). Cfr. anche FABBÌ, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, cit., 194, il quale, alla nota 13, richiama la decisione della Corte Suprema *Carnival Cruise Lines, Inc. v Eulala Shute*, 499 U.S. 585 (1991), con cui era stata affermata la tesi della presunzione di validità delle clausole unilaterali inserite in contratti standard (c.d. *prima facie validity*), superabile solo con la prova in giudizio della natura abusiva delle stesse.

fattispecie che coinvolgevano lavoratori o consumatori e, dunque, che imponevano di tenere conto delle relative leggi a loro protezione <sup>(57)</sup>.

Con riferimento agli ordinamenti di *civil law*, le Corti francesi, pur notoriamente pervase da un *favor arbitrati* assai accentuato, hanno in diverse occasioni palesato un sentimento di scetticismo verso le clausole asimmetriche, con qualche eccezione di segno inverso <sup>(58)</sup>. Vari precedenti d'oltralpe, infatti, hanno giudicato invalidi siffatti meccanismi (per lo più si trattava di clausole unilaterali giurisdizionali): ora perché potestativi e ritenuti contrastanti con il Regolamento n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale negli Stati membri dell'Unione Europea (Bruxelles I) <sup>(59)</sup>, sostituito dal Regolamento 1215/2012 (Bruxelles I *bis*); ora perché inidonei ad assicurare la certezza e prevedibilità del foro competente e, pertanto, valutati contrastanti con l'art. 23 della Convenzione di Lugano, volta ad assicurare lo stesso grado di circolazione delle decisioni tra i paesi dell'Unione Europea e Islanda, Norvegia e Svizzera <sup>(60)</sup>.

---

<sup>(57)</sup> Così USTINOV, *Unilateral arbitration clauses*, cit., 16-17.

<sup>(58)</sup> In favore della legittimità delle clausole asimmetriche si veda Cour de Cassation, I Chambre, 4 dicembre 1990, consultabile in [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net). In senso opposto, invece, si sono pronunciate Mme 'X' v Banque Privee Edmond de Rothschild, Cour de Cassation, I Chambre, 26 settembre 2012, n. 983, disponibile all'indirizzo [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/983\\_26\\_24187.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/983_26_24187.html); Danne v Credit Suisse, Cour de Cassation, I Chambre, 25 marzo 2015, in *Bulletin* 2015, I, n. 72 e consultabile sul sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Tutte richiamate da CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., 276, alle note 8 e 9.

<sup>(59)</sup> Così Cour de Cassation, I Chambre, 26 settembre 2012, n. 983 di cui alla precedente nota 59. La decisione è intervenuta in fattispecie relativa ad una clausola asimmetrica di proroga della competenza inserita in un contratto di conto corrente, la quale aveva il seguente tenore « Potential disputes between the client and the bank shall be subject to the exclusive jurisdiction of the Courts of Luxembourg. Failing such election of jurisdiction, the Bank reserves the right to bring an action before the courts of the client's domicile or any other court of competent jurisdiction ». La *ratio* di una simile clausola era quella di consentire alla banca di adire il foro rispondente alla effettiva localizzazione del cliente. La Cour de Cassation, confermando la decisione impugnata, ha predicato l'invalidità di siffatta clausola perché potestativa in favore della banca e, conseguentemente, contrastante con l'oggetto e lo scopo della proroga di competenza prevista dall'art. 23 del Regolamento Bruxelles I. Il Regolamento Bruxelles I è stato rimpiazzato dal Regolamento n. 1215/2012 (Bruxelles I *bis*).

<sup>(60)</sup> Così Cour de Cassation, I Chambre, 25 marzo 2015 di cui alla precedente nota 58. Il caso ha riguardato una clausola di proroga della competenza giurisdizionale contenuta in un contratto tra una società francese e una banca svizzera. Ai sensi della clausola *de qua*, la società francese era vincolata a rivolgere qualsiasi domanda giudiziale dinanzi ai tribunali di Zurigo, mentre la banca avrebbe potuto adire qualsiasi giudice competente. Adito il giudice francese da parte della società francese, la Corte d'Appello aveva ritenuto la clausola di proroga valida e compatibile con l'art. 23 della Convenzione di Lugano e, per l'effetto, ritenuto il giudice francese carente di giurisdizione. Investita dell'impugnazione avverso tale decisione, la Cour de Cassation ne ha sovvertito le conclusioni e ha ritenuto tale clausola invalida alla luce proprio dell'art. 23 della Convenzione di Lugano in quanto la libertà lasciata alla banca di portare eventuali controversie dinanzi a qualsiasi giudice competente non avrebbe permesso di individuare con certezza il giudice dotato di *potestas iudicandi*.

Il tema della validità delle clausole asimmetriche è stato affrontato anche in Italia, a livello tanto giurisprudenziale quanto dottrinale<sup>(61)</sup>.

La Corte di Cassazione, con pronunce certamente molto risalenti (rispetto alle quali, però, non risultano arresti più recenti di segno contrario), ha predicato la legittimità di simili pattuizioni, che ha sussunto sistematicamente sotto lo schema del patto di opzione *ex art. 1331* (62).

Il riferimento al patto di opzione di cui all'art. 1331 c.c. ha consentito al Supremo Collegio di superare la prospettazione delle clausole compromissorie asimmetriche quali convenzioni sottoposte a condizione meramente potestativa ai sensi dell'art. 1355 c.c. e, dunque, nulle. Infatti, l'art. 1355 c.c. afferisce al caso del contratto già concluso a cui sia apposta una condizione che faccia dipendere l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo dalla mera volontà dell'alienante o del debitore. Il patto di opzione, invece, riguarda un contratto che, per volontà delle parti, si concluderà solo nel momento in cui il contraente non vincolato eserciterà la facoltà accordatagli. Donde la non trascurabile intuizione per cui la convenzione arbitrale asimmetrica non andrebbe vista alla stregua di un contratto già perfezionato, bensì come un contratto in via di formazione.

La dottrina maggioritaria, dal canto proprio, sembra essersi anch'essa attestata sulla legittimità delle clausole arbitrali asimmetriche (63), per quanto

---

(61) Si veda CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., 282-285. Cfr. anche FABBI, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, cit., 194-196.

(62) Cfr. Cass., 19 ottobre 1960, n. 2837, in *Foro it.*, 1961, I, 278 ss. Nella fattispecie decisa, la clausola compromissoria, la cui validità era stata contestata, era del seguente tenore: « In caso di controversie che attengano all'interpretazione ed all'esecuzione del presente contratto, sarà in facoltà della committente, anche in relazione alla specifica natura del dissenso, di affidarne la risoluzione ad un arbitro amichevole compositore, da eleggersi d'accordo tra le parti o in difetto da nominarsi dal segretario del Consiglio nazionale degli ingegneri ». Il Supremo Collegio così si espresse in motivazione « [...] la clausola compromissoria "unilateralmente facoltativa" può essere facilmente inquadrata nella figura dell'opzione; con la quale (art. 1331 cod. civ.) le parti convengono che una soltanto di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione, e l'altra abbia la facoltà di accettarla o meno. In definitiva all'opzione si applicano le norme sulla proposta irrevocabile (art. 1329), con la differenza strutturale, posta in luce dalla dottrina, che la proposta è unilaterale, mentre l'opzione è convenuta contrattualmente; ma, nell'uno e nell'altro caso, per concludere il negozio occorre una successiva manifestazione di volontà, l'adesione cioè della parte che si è riservata la facoltà di accettare o meno. Su questo piano, quindi, la clausola compromissoria obbligatoria per una delle parti si risolve in una offerta ferma da parte del contraente, che si è vincolato (nella specie, l'appaltatore) di adire il giudizio arbitrale; e una facoltà dell'altro contraente (il committente) di dar vita al negozio di compromesso (o di rifiutarsi ad esso), accettando o meno di adire detto giudizio [...] ». In senso conforme, Cass., 22 ottobre 1970, n. 2096, in *Foro. it. Rep.*, 1961, *Arbitrato* (voce), n. 16. Prima dell'unificazione della Corte di Cassazione, sempre per la validità della clausola compromissoria unilaterale, si veda Cass. Torino, 17 marzo 1893, in *Foro it. Rep.*, 1893, *Arbitrato* (voce), n. 2-bis, quest'ultima richiamata in motivazione proprio da Cass., 19 ottobre 1960, n. 2837.

(63) Si veda su tutti PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Torino, 2011, 364 ss. e 332 alla nota 118, ove l'A. ammette la possibilità della formazione progressiva del patto compromissorio. Cfr. anche SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1971, 242, il quale esclude esplicitamente che le clausole arbitrali ibride configurino schemi contrattuali a cui

non siano mancate opinioni discordanti fondate sul carattere meramente potestativo di simili clausole o sulla loro natura di accordi processuali, la quale non consentirebbe di applicare loro le disposizioni dettate per i contratti, ivi incluso l'art. 1331 c.c. <sup>(64)</sup>.

Alla luce del quadro d'insieme di cui si è appena dato atto sembra possa concludersi per la generale legittimità delle convenzioni arbitrali asimmetriche, da leggersi quali patti arbitrali non già perfezionatisi, ma in via di formazione secondo lo schema tipico del patto di opzione di cui all'art. 1331 c.c., il cui esercizio potrà avere luogo — a seconda dei casi — o con la notifica della domanda arbitrale o con l'atto di nomina dell'arbitro.

Questa ricostruzione sistematica del particolare *iter* di formazione del patto compromissorio — oltre all'effetto di superare il rilievo della loro nullità ai sensi dell'art. 1355 c.c. — ha l'ulteriore pregio di aggirare qualsiasi prospettazione che voglia negare la validità di siffatti meccanismi perché carenti di reciprocità o di simmetria rispetto alla rispettiva posizione delle parti <sup>(65)</sup>.

Anche l'argomento secondo cui l'art. 1331 c.c. non sarebbe applicabile al processo di perfezionamento del patto arbitrale, essendo quest'ultimo un accordo processuale, non pare scalfire la correttezza del ragionamento sin ora seguito: infatti, la convenzione arbitrale sarebbe pur sempre un contratto, anche se destinato a produrre effetti di carattere processuale, al quale rimarrebbero applicabili le disposizioni relative ai contratti, ivi incluso, per l'appunto, l'art. 1331 c.c. <sup>(66)</sup>. Fermo restando che, in caso di *option to arbitrate*, nemmeno ci si troverebbe in presenza di un patto arbitrale perfezionato e concluso.

---

sia apposta una condizione meramente potestativa, configurando, piuttosto, un particolare *iter* di formazione della volontà compromissoria. Cfr. altresì ZUCCONI GALLI FONSECA, in *L'Arbitrato*, cit., 119, la quale rileva che « [...] Un patto arbitrale vincolante per una sola delle parti è senz'altro ammissibile, benché rimanga la questione della sua qualifica giuridica, fra gli artt. 1331 (opzione) o 1333 (contratto con obbligazioni del solo proponente) c.c. [...] ». In senso conforme cfr. anche RUBINO SAMMARTANO, *Diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010, 426 ss. e NARDULLI, *L'opzione di arbitrato nell'esperienza statunitense ed italiana*, in questa *Rivista*, 2, 1994, 393 ss. In epoca più recente, cfr. FABBI, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, cit., 194-196.

<sup>(64)</sup> Cfr. VECCHIONE, *Sulla validità della clausola compromissoria unilaterale*, in *Giur. it.*, 1963, IV, 66-67. Si veda ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 779; BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, in questa *Rivista*, 1, 2012, 61 ss., pone in evidenza la necessità che la clausola sia redatta in modo tale da non prevedere la necessità di un ulteriore accordo e da collegare l'impegno della parte alla scelta del meccanismo di soluzione delle liti con fattori oggettivi. In epoca più risalente MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, III, 103.

<sup>(65)</sup> FABBI, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, cit., 196, parla esplicitamente di « retorica della simmetria », con invito a superarla « [...] almeno in rapporti "tra pari" [...] ».

<sup>(66)</sup> Cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, I, 331; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, 154; BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in questa *Rivista*, 4, 1998, 688. Cfr. in giurisprudenza Cass., 2 maggio 1960, n. 968, in *Foro. it.*, 1960, I, 736.

La questione merita, inoltre, un'ulteriore riflessione rispetto all'ipotesi in cui vi sia una parte obbligata alla scelta arbitrale e l'*option to arbitrate* rivolta ad una pluralità indefinita di soggetti. Nella fattispecie si è osservato che ci si troverebbe al cospetto di uno schema non difforme da quello di cui si è poc'anzi detto, laddove, però, l'obbligo di una parte e la facoltà di scelta lasciata ad una serie indeterminata di destinatari andrebbero interpretate come sussumibili non più nel patto di opzione *ex art. 1331 c.c.*, bensì nell'offerta al pubblico di cui all'*art. 1336 c.c.* <sup>(67)</sup>.

È stato notato come neppure l'appunto concernente l'indeterminatezza del termine per l'esercizio dell'adesione all'opzione o all'offerta sarebbe pertinente: sia perché un termine potrebbe essere ricavato in concreto dalla clausola stessa, ove essa procedimentalizzasse una fase stragiudiziale anteriore all'avvio della lite dinanzi agli arbitri o al giudice, sia perché la parte interessata potrebbe pur sempre chiedere al giudice di determinarlo <sup>(68)</sup>.

Ciò che senz'altro conta è che la convenzione asimmetrica — opzione ad arbitrare *ex art. 1331 c.c.* o offerta al pubblico ai sensi dell'*art. 1336 c.c.* — risulti per iscritto: devono, cioè, osservare tale forma sia l'obbligo assunto dal concedente l'opzione-offerente sia la manifestazione di volontà dell'opzionario-destinatario della proposta <sup>(69)</sup> (argomento, tra l'altro, *ex artt. 807 e 808 c.p.c.* nonché *ex art. II* della Convenzione di New York del 1958 <sup>(70)</sup>).

---

<sup>(67)</sup> In questo senso FABBI, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, cit., 195, secondo il quale « [...] posto che non è in dubbio che la parte interessata abbia la mera facoltà e non l'obbligo di dar corso al procedimento, più che dinanzi ad un impegno preliminare a concludere il patto, riterremo trovarci di fronte ad una offerta unilaterale a compromettere rivolta ad una cerchia indeterminata di soggetti, cosicché la fattispecie andrebbe precisamente ricondotta all'*art. 1336 c.c.* ("Offerta al pubblico") e l'accordo potrà ritenersi perfezionato soltanto una volta pervenuta l'accettazione dell'oblato [...] ».

<sup>(68)</sup> Cfr. FABBI, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, cit., 195, alla nota 23.

<sup>(69)</sup> Così CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., 289, secondo cui « [...] Nel caso in esame la situazione è assai semplificata: la parte che si è vincolata con l'opzione, negozialmente convenuta, ha già manifestato espressamente e per iscritto la propria volontà di deferire le eventuali liti ad un collegio arbitrale, sicché, ove l'altra dia inizio all'arbitrato, si viene a formare la convenzione di arbitrato per comportamento concludente; e poiché la domanda di arbitrato ha per sua natura forma scritta, null'altro occorre per ritenere che il patto arbitrale si sia validamente concluso. Stando così le cose, non rimane che prendere atto che la domanda di arbitrato contiene in sé sia l'effetto sostanziale — negoziale di recedere dall'accordo sulla giurisdizione e di concludere la convenzione di arbitrato sia quello processuale di dare inizio alla lite [...] ».

<sup>(70)</sup> Non pare neppure possano nutrirsi dubbi circa la configurabilità della clausola compromissoria asimmetrica alla stregua della Convenzione di New York del 1958, la quale, tra i requisiti formali del patto arbitrale, non annovera in alcun modo quello della formazione in un unico contesto, ma, anzi, ne ammette il perfezionamento progressivo [argomento *ex art. II(2)*]. Sottolinea il profilo FABBI, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, cit., 196. Si veda anche CANALE, *Option to arbitrate: le c.d. clausole ibride o asimmetriche*, cit., 288-289 e, specificamente, 288, il quale

Essa deve pure avere un contenuto che esprima in maniera inequivocabile la deroga alla giurisdizione, anche se in via di formazione progressiva.

È, inoltre, opportuno che si abbia riguardo ai diversi fori che possono essere interessati dalla vicenda arbitrale e in relazione alle cui leggi la convenzione ibrida può venire in rilievo e astrattamente essere considerata invalida. È bene, dunque, che, nella redazione della clausola unilaterale, sia riservata una riflessione alla selezione della legge deputata a governare l'accordo compromissorio, alla scelta della sede dell'arbitrato (alle cui corti saranno demandati i compiti di supporto all'arbitrato) e alla legge degli Stati in cui è più probabile che il lodo arbitrale possa essere eseguito <sup>(71)</sup>.

Allo stesso modo opzione ed offerta di arbitrare producono analoghi effetti. Da un lato, l'impegno assunto *ex ante* dalla parte obbligata — sia essa il concedente l'opzione *ex art. 1331 c.c.* o l'offerente al pubblico *ex art. 1336 c.c.* — equivale non solo a rinuncia a sottoporre la disputa alla cognizione del giudice ordinario, ma anche, una volta che la parte oblata abbia esercitato la propria facoltà di scelta in un senso o nell'altro, a rinuncia a sollevare l'eccezione di mancanza di un valido patto di arbitrato dinanzi al tribunale arbitrale o a far valere l'eccezione di arbitrato al cospetto dell'autorità giudiziaria. Dall'altro lato, l'oblato — sia essa l'opzionario *ex art. 1331 c.c.* o uno dei soggetti a cui è indirizzata l'offerta *ex art. 1336 c.c.* — patisce un vincolo, nel senso che, percorsa la via arbitrale, gli sarà preclusa quella dinanzi all'autorità giudiziaria, così come, optato per il ricorso a quest'ultima, non potrà più rivolgersi al tribunale arbitrale.

5. *Conclusioni.* — L'astratta configurabilità di convenzioni arbitrali asimmetriche, dunque, non sembra davvero possa esser più revocata in dubbio.

Siffatti meccanismi di formazione progressiva dell'accordo compromissorio e di conseguente devoluzione in arbitrato delle dispute paiono certamente rappresentare la giustificazione più plausibile di quelle clausole che, contenute in codici di condotta, in specifici accordi multilaterali o in singoli contratti, siano volte a consentire ad un soggetto determinato o a tutti i terzi non sottoscrittori del patto arbitrale, che assumano di aver subito una violazione dei diritti umani, di avviare un procedimento arbitrale (o di intervenire) o, in alternativa, di adire l'autorità giudiziaria. In un caso (*i.e.* oblato esattamente determinato), si potrà parlare di *option to arbitrate* in senso stretto,

---

ammette la possibilità di una conclusione differita e per fatti concludenti del patto di arbitrato attraverso, ad esempio, l'obbligo assunto dal conferente l'opzione o dall'offerente e la scelta fatta dall'opzionario-destinatario della proposta mediante « [...] (la) domanda di arbitrato, (la) contestuale o successiva nomina degli arbitri e (il) contegno processuale della parte che, nella prima difesa innanzi agli arbitri, ometta di sollevare alcun rilievo sulla inesistenza o nullità della convenzione [...] ».

<sup>(71)</sup> Cfr. al riguardo USTINOV, *Unilateral arbitration clauses*, cit., 10-12 e, in particolare, 11.

nell'altro (*i.e.* oblata una serie indeterminata di soggetti), sarà più corretto discorrere di offerta al pubblico di arbitrare. La sostanza, però, non muta perché, in entrambe le ipotesi, si ha una parte obbligata alla scelta di un dato foro ed un'altra a cui è riservata la facoltà di scegliere se portare la controversia dinanzi al tribunale arbitrale (così perfezionando la formazione della clausola compromissoria e, al contempo, la rinuncia alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria) o, invece, se deferirla all'autorità giudiziaria (in tal modo abdicando definitivamente alla via arbitrale).

Ciò che rileva è che simili meccanismi hanno comunque un fondamento giuridico e che esso non sembra intaccato dalle critiche di difetto di reciprocità o volte a metterne in evidenza il carattere meramente potestativo in quanto, fintantoché il soggetto facoltizzato non abbia manifestato la propria adesione (o meno) alla proposta dell'offerente, non vi è un patto arbitrale concluso.

Altri aspetti potranno inficiare la validità di simili pattuizioni, ma trattasi di profili non generali né astratti, bensì da valutarsi in concreto e che possono afferire: alla forma scritta dell'offerta e dell'adesione; alla chiara manifestazione della volontà, pur formatasi progressivamente, di deferire la controversia agli arbitri; alla concreta idoneità ad operare della clausola compromissoria, che dovrà avere quel contenuto minimo che consenta di giungere alla valida formazione del tribunale arbitrale e a quest'ultimo di funzionare e di condurre il procedimento in vista dell'emissione di un lodo valido ed eseguibile.

Ma vi è un profilo che più di ogni altro pare possa esporre a repentaglio la legittimità in concreto della convenzione arbitrale asimmetrica. Esso attiene a quelle ipotesi in cui l'*option to arbitrate* sia posta a vantaggio del contraente forte di un dato rapporto. In buona sostanza, la convenzione arbitrale ibrida è ritenuta lo strumento più adeguato a tutelare la parte "debole" di una certa relazione (ad esempio per la protezione del consumatore)<sup>(72)</sup>, mentre appare non più rispondente ai criteri di ragionevolezza quando abbia l'effetto di enfatizzare la posizione di predominanza del contraente "forte" (ad esempio quando la clausola operi a favore del professionista nei confronti del consumatore)<sup>(73)</sup>.

---

(72) Evidenzia questo aspetto ZUCCONI GALLI FONSECA, in *L'Arbitrato*, cit., 119, secondo la quale il patto arbitrale unilateralmente vincolante « [...] viene considerato la soluzione migliore per proteggere la parte debole, nei contratti di consumo, come testimonia la direttiva n. 2013/11/UE [...]. Cfr. ivi anche la nota 28. Cfr. inoltre FABBI, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, cit., 196, il quale rileva che « [...] ambito elettivo di utilizzo di tali clausole potrebbe esser proprio quello dei rapporti caratterizzati da disequilibrio economico (v. es. i contratti di consumo), ma a posizioni invertite, con l'impresa predisponente il contratto che — se interessata all'arbitrato — potrebbe semplicemente rimettere la facoltà di scelta al proprio contraente ("debole") il quale, in tal guisa, potrebbe esercitare una opzione più distesa e consapevole al momento dell'insorgenza della lite [...] ».

(73) Si veda FABBI, *Formazione progressiva dell'accordo compromissorio e offerta unilaterale a compromettere; arbitrato e controllo delle concentrazioni; impiego di procedimenti di discovery in arbitrati commerciali con sede in Italia*, cit., 196, il quale ritiene che riserve sulla

Una convenzione asimmetrica che, qualunque ne sia la fonte, assicuri alla vittima della violazione del diritto umano l'opzione della via arbitrale, in alternativa a quella giudiziaria, risponde senz'altro alla evidenziata esigenza di protezione della parte svantaggiata del rapporto.

Per concludere sull'argomento, sembra opportuno annotare come, nella prassi internazionale anche in ambiti estranei alla tutela dei diritti umani, sia già da tempo diffusamente riconosciuta la facoltà dei terzi non sottoscrittori della clausola di accedere ad un dato meccanismo di risoluzione delle controversie, in proprio oppure sotto l'egida di organizzazioni non governative <sup>(74)</sup>.

Possono richiamarsi diversi esempi di accordi o contratti standard contenenti simili forme di *option (to arbitrate)* o meno).

Il paradigma più risalente — e forse più noto — è quello dei *bilateral investment treaties*. Essi, infatti, contengono clausole in forza delle quali lo Stato ospitante riserva agli investitori dell'altro Stato sottoscrittore la facoltà di demandare ad un tribunale arbitrale la cognizione delle dispute che dovessero sorgere in dipendenza di una pretesa violazione degli impegni assunti in forza del singolo trattato bilaterale. La diffusione conosciuta dall'arbitrato internazionale in materia di investimenti sta lì a dimostrare la capacità di simili meccanismi, volti ad assicurare un più agevole accesso alla tutela da parte degli investitori così da attirarne i capitali, di favorire l'affermazione dell'arbitrato come strumento di risoluzione di un certo genere di dispute.

Un altro ambito in cui, nella prassi internazionale, si è da tempo fatto strada il ricorso alle clausole arbitrali asimmetriche è quello dei contratti di registrazione dei nomi di dominio. Infatti, agli albori della nascita di internet, i nomi di dominio venivano registrati in favore del primo richiedente e non si aveva alcun riguardo ad eventuali rivendicazioni di proprietà intellettuale. Così, i titolari di marchi registrati, il cui nome di dominio fosse stato registrato in favore di un altro soggetto che per primo aveva fatto domanda di registrazione (c.d. *cybersquatter*), erano posti dinanzi ad un'alternativa: "riscattare" in denaro il nome di dominio dal primo registrante oppure convenire quest'ultimo dinanzi ad un tribunale straniero competente secondo i criteri di volta in volta operanti al fine di ottenere l'annullamento della registrazione e la retrocessione in proprio favore del nome di dominio. Per fronteggiare questa problematica, i *registars* di internet hanno inserito nei contratti di registrazione clausole in forza delle quali lo stesso *registar* e il registrante-titolare di un dominio di primo livello si obbligano ad un meccanismo di risoluzione delle dispute di tipo amministrativo che facoltizza i terzi che rivendichino la

---

validità delle clausole asimmetriche « [...] potrebbero aver senso soltanto laddove l'una delle due parti sia obiettivamente in condizioni di soggezione economica e l'altra — auto-riservandosi la scelta — abusi del proprio potere sulla prima [...] ».

<sup>(74)</sup> Cfr. ALFORD, *Arbitration Human Rights, Notre Dame Law School, Journal Articles*, cit., 540 ss.

titolarità del dominio a presentare un reclamo dinanzi alla *World Intellectual Property Organization* <sup>(75)</sup>.

Un ulteriore esempio è quello degli *Equator Principles* <sup>(76)</sup>, i quali recano un principio in forza del quale la *Equator Principles Financial Institution* è tenuta ad assicurare che il soggetto finanziato adotti politiche di risoluzione dei reclami che siano accessibili alle comunità locali interessate dal progetto e dai lavoratori direttamente o indirettamente nello stesso coinvolti <sup>(77)</sup>.

La convenzione arbitrale unilaterale sembra, dunque, poter davvero giocare un ruolo centrale per il diffondersi dell'arbitrato quale strumento per la risoluzione delle dispute in materia di violazione dei diritti umani e per la concreta attuazione della responsabilità sociale delle imprese <sup>(78)</sup>.

In questa prospettiva, le nuove *Rules* dell'Aja <sup>(79)</sup> potrebbero segnare una tappa certamente importante di questa linea evolutiva in quanto recano la previsione di meccanismi volti a consentire ai terzi non sottoscrittori della sottostante convenzione, che lamentino di aver subito una lesione dei diritti umani, di avviare l'arbitrato contro i pretesi responsabili o di intervenire in qualità di parti [*Article* 19(2) e (3)], facendovi valere le proprie ragioni.

---

<sup>(75)</sup> Clausole di questo genere stabiliscono che ogni titolare di un dominio internet « [...] is required to submit to a mandatory administrative proceeding in the event that a third party asserts... that... (i) your domain name is identical or confusingly similar to a trademark or service mark in which the complainant has rights; and (ii) you have no rights or legitimate interests in respect of the domain name; and (iii) your domain name has been registered and is being used bad faith [...] ».

<sup>(76)</sup> Su cui più ampi riferimenti si veda *supra* alla nota 33.

<sup>(77)</sup> Il *Principle* 6 degli *Equator Principles* 2020, rubricato *Grievance Mechanism*, recita, al primo capoverso, che « For all Category A and, as appropriate, Category B Projects, the EPFI will require the client, as part of the ESMS, to establish effective grievance mechanisms which are designed for use by Affected Communities and Workers, as appropriate, to receive and facilitate resolution of concerns and grievances about the Project's environmental and social performance ». Per la consultazione degli *Equator Principles* si veda sempre *supra* la nota 33.

<sup>(78)</sup> Per qualche riferimento normativo in Italia in materia di responsabilità sociale dell'impresa si veda, ad esempio, il D.Lgs. 30 dicembre 2016, n. 254, di attuazione della Direttiva UE 2014/95/UE, relativamente all'obbligo, per gli enti di interesse pubblico ai sensi dell'art. 16, comma 1, del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 nonché per i gruppi di grandi dimensioni, di approvare, rendere pubblica e comunicare la dichiarazione individuale di carattere non personale necessaria ad assicurare la comprensione dell'attività di impresa, del suo andamento, dei suoi risultati e del suo impatto con riferimento, tra l'altro, al rispetto dei diritti umani.

<sup>(79)</sup> Sulle *Rules* cfr. *supra* il § 1 e, per il testo, si rinvia alla Sezione Documenti e Notizie del corrente numero di questa *Rivista*.