

Alessio Carosi

**PUBBLICATA LA RELAZIONE
FINALE DELLA *LAW
COMMISSION* D'INGHILTERRA
E GALLES CONTENENTE
LE PROPOSTE DI MODIFICA
DELL'*ARBITRATION ACT* INGLESE**

Estratto

Publicata la relazione finale della *Law Commission* d'Inghilterra e Galles contenente le proposte di modifica dell'*Arbitration Act* inglese ¹

Il lavoro, affidato dal governo del Regno Unito alla *Law Commission* d'Inghilterra e Galles (in breve, « Commissione ») per la formulazione di eventuali proposte di riforma dell'*Arbitration Act* 1996 (in breve, « A.A. », con riguardo, per l'appunto, all'*Arbitration Act* 1996), è giunto al termine.

L'attività della Commissione è passata per una doppia tornata di consultazioni tra una vasta platea di soggetti (accademici, università, istituzioni, associazioni, giudici, professionisti); ogni consultazione è stata seguita dalla pubblicazione di altrettanti *consultation papers*, riassuntivi delle risposte degli intervistati e dei punti di vista della Commissione ².

Quest'ultima, in data 6 settembre 2023, ha quindi pubblicato la propria relazione finale, con la quale ha indirizzato al governo alcuni suggerimenti di modifica dell'A.A.

Ne escono, di fatto, confermate le indicazioni iniziali, che erano già emerse dai due *consultation papers*. La Commissione non ha considerato necessaria una radicale riforma dell'A.A.; anzi, ha concluso che mirate correzioni su limitati argomenti siano sufficienti per il congruo aggiornamento del testo legislativo.

Va detto che alcune raccomandazioni trovano ragione nella via evolutiva segnata, da quando è vigente l'A.A. ad oggi, dalle leggi (anche di ordinamenti stranieri), dalle fonti persuasive (*soft law*) ³ e dalla formazione giurisprudenziale del diritto in materia di arbitrato, così come dalla generale più acuita sensibilità rispetto ad alcuni temi (così è stato per l'obbligo della *disclosure*, che l'A.A. non sancisce, ma che la Commissione propone di introdurre); altre raccomandazioni sono state ispirate dalla presa d'atto di alcuni vuoti di disciplina palesati dall'A.A., carenze a cui le corti del Regno Unito hanno fatto il possibile per porre rimedio, non sempre però giungendo a soluzioni davvero chiarificatrici e

¹ La relazione finale della *Law Commission* è consultabile in <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2023/09/Arbitration-final-report-with-cover.pdf>.

² Cfr., per le precedenti "puntate", CAROSI, in questa *Rivista*, *Riforma in vista per l'arbitration act inglese*, 3, 2022, 773 ss.; IDEM, in questa *Rivista*, *Il secondo consultation paper per la riforma dell'Arbitration Act inglese*, 2, 2023, 473 ss.

³ Si pensi, in materia di imparzialità degli arbitri e di obbligo di *disclosure*, che la prima versione delle *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* è del 2004.

scevre da incertezze (questo è il caso della legge chiamata a governare il patto arbitrale, quando le parti non abbiano disposto esplicitamente rispetto a quella legge e il patto stesso sia inserito in un contratto principale, a sua volta sprovvisto di una clausola di scelta della legge applicabile⁴, materia su cui la Commissione ha suggerito di intervenire).

Posta questa breve premessa introduttiva, sintetizziamo di seguito le proposte formulate con la relazione finale della Commissione.

*

Obbligo di informazione (*disclosure*).

1. La Commissione è partita dalla constatazione che è principio di diritto vivente, in quanto creatosi per via giurisprudenziale, che gli arbitri abbiano il dovere di informare le parti di ogni circostanza che sia idonea a generare ragionevoli dubbi circa la loro imparzialità; è, altresì, principio di diritto vivente che tale dovere sia continuo, in quanto esteso anche alle circostanze sopravvenute durante l'intero corso del giudizio arbitrale.

La Commissione, da siffatto dato di partenza, ha tratto il convincimento che l'obbligo di informazione vada inserito nell'*A.A.*, quale principio di carattere generale, così da renderlo esplicito e di immediata percezione, anziché il prodotto della creazione orizzontale del diritto. La Commissione, però, ha puntualizzato, a garanzia della flessibilità, di non volere che la modifica si spinga al punto di catalogare le circostanze che gli arbitri devono svelare, circostanze che — la Commissione ha osservato — possono variare da caso concreto a caso concreto e, ancora di più, da settore a settore⁵. La Commissione, dunque, ha concluso che l'obbligo generale della *disclosure* dovrebbe essere riferito a tutte le circostanze che un professionista di media diligenza conosce o dovrebbe ragionevolmente conoscere (eventualmente, se richieste dal caso concreto, anche svolgendo proprie indagini).

Immunità degli arbitri.

2. La *Section 29* dell'*A.A.* già prevede l'immunità degli arbitri, i quali non sono responsabili di quanto fatto o omissso nell'adempimento o nel presunto adempimento del loro incarico, a meno che l'azione o l'omissione è dimostrata essere stata in mala fede.

La Commissione ha annotato che tale immunità assolve ad una duplice finalità.

Da un lato, essa è strumentale all'imparzialità degli arbitri perché ne preserva la serenità di giudizio, allontanando il timore di ritorsioni della parte insoddisfatta.

Dall'altro lato, essa concorre a garantire la definitività del lodo arbitrale

⁴ Cfr. il caso *Enka vs Chubb*, *Supreme Court of the United Kingdom*, [2020] UKSC 38, 9 ottobre 2020, in <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0091.html>.

⁵ La Commissione rimarca, ad esempio, che vi sono ambiti (arbitrato marittimo, delle assicurazioni, dello sport, delle materie prime) in cui il sommarsi di nomine in capo a pochi arbitri è tendenzialmente prassi nota ed accettata in dipendenza della specificità di alcune materie e della esiguità del numero degli esperti su di esse.

perché evita che la parte soccombente possa intraprendere giudizi contro gli arbitri a giudizio emanato.

La Commissione, però, ha individuato una lacuna nel sistema di tutela approntato dalla *Section 29* dell'*A.A.* Infatti, l'arbitro, nonostante la valvola di sicurezza della *Section 29*, può perdere l'immunità ed incorrere in responsabilità in due ulteriori casi.

Il primo caso è quello delle sue dimissioni, rispetto a cui una parte può domandare che l'arbitro dimessosi venga giudicato responsabile per le perdite economiche provocate alla parte stessa dalla propria rinuncia.

Il secondo caso è, paradossalmente, quello delle dimissioni mancate, rispetto al quale una parte è ammessa a ricorrere al giudice per la rimozione dell'arbitro ai sensi della *Section 24* dell'*A.A.* e l'arbitro destinatario della richiesta può essere ritenuto obbligato a sostenere i costi di quel giudizio.

È chiara la tensione tra due opposte paure: da un lato, quella di rassegnare dimissioni non adeguatamente giustificate, dalle quali possa scaturire una richiesta di risarcimento dei danni; dall'altro lato, quella di essere citato in giudizio per la rimozione in ragione delle mancate dimissioni e di dover sostenere i costi di quel processo.

La Commissione, dunque, ha avanzato due proposte.

La prima è quella di allargare l'ombrello protettivo dell'immunità anche al caso delle dimissioni dell'arbitro, a meno che non sia dimostrato che esse sono state irragionevoli.

La seconda è quella di esplicitare nell'*A.A.* che l'arbitro, convenuto per la rimozione, non può essere chiamato a sostenere personalmente i costi del giudizio, salvo che non sia provato che egli abbia agito in mala fede.

Decisione sommaria di rigetto della domanda.

3. La Commissione ha evidenziato che l'*A.A.*, a differenza di quanto è permesso fare ai giudici statuali, non colloca in capo agli arbitri il potere di pronunciare immediatamente sulle domande prive di una effettiva prospettiva di successo e così di rigettarle con una decisione sommaria, perché presa nella fase iniziale del processo e quindi senza un contraddittorio sviluppato in tutta la sua pienezza.

La Commissione, tuttavia, ha rimarcato che un siffatto potere può considerarsi già radicato sugli arbitri quale effetto implicito del dovere generale, che sempre incombe su di essi nella conduzione del processo, di non dare corso ad attività che comportino un dispendio di energie, di costi e di tempo, al quale non possa comunque corrispondere un reale beneficio al diritto di difesa delle parti. In altri termini, se la domanda dell'attore palesa da subito la sua infondatezza per una qualche ragione, perché dare ingresso alla relativa attività istruttoria?

Gli arbitri, però, sono generalmente assai poco propensi ad usare il potere implicito di reiezione anticipata delle domande sprovviste di reali prospettive di accoglimento in ragione della centralità del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, quali paradigmi da cui l'attività degli arbitri non può in alcun modo discostarsi, pena l'annullamento del lodo arbitrale e il rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione dello stesso.

Tale rilievo ha indotto la Commissione a proporre che l'*A.A.* sia modificato nella direzione di riconoscere espressamente agli arbitri il potere di rigetto anticipato delle domande prive della reale prospettiva di essere accolte, potere che gli arbitri devono potere esercitare in ogni caso, ma pur sempre su domanda

di parte, salva diversa manifestazione di volontà dei compromittenti (c.d. *opt out*). La Commissione ha indicato pure che le modalità procedurali di quel giudizio sommario siano lasciate all'autonoma determinazione del tribunale arbitrale, d'intesa con le parti.

Arbitrato d'urgenza.

4. La Commissione ha osservato che i regolamenti arbitrali delle principali istituzioni hanno la disciplina dell'arbitro d'urgenza. Si tratta, come noto, di quella peculiare figura di arbitro che può essere adito da una parte, nelle more della costituzione del tribunale arbitrale, quando ragioni di urgenza giustifichino la domanda di emissione di provvedimenti a carattere interinale.

L'A.A., come tutte le altre principali legislazioni nazionali, allo stato attuale non riconosce l'istituto dell'arbitro d'urgenza. Esso, infatti, è ancora considerato peculiarità dell'arbitrato amministrato perché la gestione dell'arbitro d'urgenza richiede un così penetrante livello di coinvolgimento e di prontezza nel *case management*, che appare impensabile se riferito ai tribunali e alle corti nazionali.

La Commissione, tuttavia, ha sostenuto che il fenomeno dell'arbitro d'urgenza non possa essere del tutto ignorato, soprattutto per quanto concerne l'affidamento alle corti nazionali di un potere di supporto ai fini dell'attuazione dei provvedimenti interinali impartiti dall'arbitro d'urgenza medesimo.

La Commissione, in particolare, ha indicato due possibili soluzioni a quello scopo.

La prima è di stabilire che l'arbitro d'urgenza, il cui provvedimento sia rimasto ineseguito dalla parte destinataria, possa emanare un ordine perentorio, che, se nuovamente ignorato, dovrebbe legittimare la controparte a domandare al giudice statale l'adozione di un ordine di conformarsi all'ordine perentorio emesso dall'arbitro d'urgenza. Questo primo schema replica quanto la *Section 42* dell'A.A. già prevede per l'ordine perentorio del tribunale arbitrale rimasto ineseguito.

La seconda via è quella di ricondurre queste ipotesi nelle previsioni della *Section 44* dell'A.A. Infatti, ai sensi della *Section 44(3)* cit., se la questione è urgente, e necessaria per la conservazione delle prove o di beni, la parte può domandare al giudice statale l'emissione di un ordine volto alla conservazione. In altri termini, la mancata attuazione dell'ordine impartito dall'arbitro d'urgenza renderebbe la materia urgente e legittimerebbe la controparte a rivolgere la domanda di adozione di un ordine di analogo contenuto direttamente alle corti statuali.

Il suggerimento conclusivo della Commissione è che, in vista della riforma dell'A.A., entrambe le opzioni esaminate (*i.e.* secondo ordine perentorio dell'arbitro d'urgenza o ricorso ai sensi della *Section 44(3)* per l'emissione di un ordine della corte statale) siano rese praticabili.

Impugnazione del lodo arbitrale per difetto di *potestas iudicandi* del tribunale arbitrale ai sensi della *Section 67* dell'A.A.

5. La giurisdizione degli arbitri può essere contestata ai sensi dell'A.A. con diversi mezzi. In primo luogo, la parte può eccepire la carenza di giurisdizione sottoponendo immediatamente la questione al giudizio delle corti statuali ai sensi della *Section 32*, a condizione, però, che tutte le parti siano d'accordo o che il tribunale arbitrale autorizzi siffatto ricorso. In secondo luogo, un soggetto, che abbia scelto di non partecipare attivamente al processo arbitrale, può anche

domandare al giudice statale l'emissione di un provvedimento a contenuto inibitorio. Infine, la parte può eccepire, purché tempestivamente ai sensi della *Section 73(1)* dell'A.A., la carenza di giurisdizione nel processo arbitrale e quindi direttamente al tribunale arbitrale, il quale, ai sensi della *Section 30*, ha il potere di decidere su quella stessa eccezione (c.d. *kompetenz-kompetenz principle*) con un lodo non definitivo sulla sola giurisdizione o con il lodo definitivo in cui sia deciso anche il merito. La decisione del tribunale arbitrale sulla giurisdizione è impugnabile ai sensi della *Section 67*.

Il giudizio ai sensi della *Section 67* è stato sino ad ora interpretato quale del tutto devolutivo e, dunque, determinativo di un riesame pieno del caso da parte del giudice statale.

La Commissione, invece, evidenzia che il giudizio ai sensi della *Section 67* dell'A.A. dovrebbe essere regolato in modo che siano precluse alle parti sia l'allegazione di nuove eccezioni sia la proposizione o l'acquisizione di nuove prove, salvo che l'eccezione o la prova non sarebbe stata possibile nel corso del giudizio arbitrale neanche con l'impiego della ordinaria diligenza, sia la rinnovazione delle prove già assunte, a meno che quella rinnovazione non sia necessaria nell'interesse della giustizia.

Il ricorso ai sensi della *Section 67*, in altri termini, dovrebbe atteggiarsi quale pura e semplice *revisio prioris instantiae*, cioè come mero riesame della sola eccezione di giurisdizione sollevata dinanzi al tribunale arbitrale alla luce dei medesimi motivi e delle stesse prove dedotti nel processo arbitrale.

La Commissione ha spiegato la propria proposta con la necessità di prevenire un uso strumentale del ricorso ai sensi della *Section 67* dell'A.A. e, quindi, che esso possa trasformarsi in strumento, a disposizione della parte insoddisfatta, per conseguire una integrale riconsiderazione del caso da parte delle corti statuali.

La Commissione, infine, suggerisce che le proprie raccomandazioni sul punto non si tramutino in una modifica della *Section 67* cit., ritenendo preferibile che di esse sia fatta ricezione nelle regole di procedura della corte.

La legge applicabile al patto di arbitrato.

6. La Commissione, infine, ha affrontato il tema della legge applicabile al patto di arbitrato, mossa in ciò dalle forti criticità palesate dall'approccio della *Supreme Court* nell'ormai noto caso *Enka vs Chubb*, approccio considerato foriero — nonostante il notevole sforzo — di una considerevole imprevedibilità.

Il problema della legge applicabile alla convenzione arbitrale senz'altro non si pone in due casi: quando il patto di arbitrato contenga una clausola di scelta della legge applicabile; quando la clausola compromissoria (che non rechi un'esplicita opzione) sia inserita — come spesso accade — in un contratto principale, che, connotato da profili di internazionalità, contenga a sua volta una clausola di selezione della legge chiamata a disciplinarlo. Nel primo caso, il patto arbitrale è regolato dalla legge scelta dalle parti; nel secondo caso, esso si presume pacificamente governato dalla legge del contratto principale.

La questione, invece, si pone quando la convenzione arbitrale non contenga alcuna espressa indicazione della legge di governo e nemmeno il contratto principale abbia una clausola di scelta della legge.

È in questi casi che la strada presa dalla *Supreme Court* nel caso *Enka vs Chubb*, con il proprio riferimento alla legge che ha il collegamento più stretto

con il patto arbitrale, non è pienamente soddisfacente. Infatti, la legge che ha il collegamento più stretto con la convenzione di arbitrato è, di regola, la legge della sede dell'arbitrato, ma non è detto che lo sia sempre e non è nemmeno detto che tale conclusione possa essere agevolmente raggiunta.

La Commissione, in una prospettiva di semplificazione e di chiarezza, ha così suggerito di inserire nell'*A.A.* una nuova *Section* che disponga che la legge che regola il patto di arbitrato è, in prima battuta, quella espressamente convenuta dalle parti per il patto arbitrale e, in mancanza di tale scelta, quella della sede dell'arbitrato.

*

La palla passa ora al governo del Regno Unito per il recepimento delle modifiche proposte dalla Commissione. L'impressione è che il carattere chirurgico e dunque circoscritto delle stesse ne possa favorire il recepimento nell'*A.A.*

[ALESSIO CAROSI]