

TATO SCIENTIFICO

O BARILE † - PIERO BERNARDINI - GIORGIO BERNINI - FEDERICO
I - VITTORIO DENTI - GIORGIO GAJA - ANDREA GIARDINA - FRANCESCO
O LUISSO - RICCARDO LUZZATTO - GIUSEPPE MIRABELLI - LUIGI
TESANO - RENZO MORERA - CARMINE PUNZI - GIORGIO RECCHIA
IO RESCIGNO - ALBERTO ROMANO - CARLO SELVAGGI - GIUSEPPE
A - FERRUCCIO TOMMASEO - GIOVANNI VERDE - VINCENZO VIGORITI.

TATO EDITORIALE

FAZZALARI - ANDREA GIARDINA - MAURO FERRANTE - ANTONIO
JGLIO - ROBERTO MARENGO.

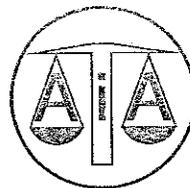
IZIONE

IUCCIO AULETTA - ALDO BERLINGUER - MAURO BOVE - CLAUDIO
HELLA - FRANCESCO CORDOPATRI - FABRIZIO CRISCUOLO - ELENA
ISSANDRO - MARIA BEATRICE DELI - ALESSANDRO FUSILLO - MAURO
IO - MARIANGELA ZUMPANO.

ltre collaborato alla redazione di questo fascicolo: PIERRE FORTIN.

TTORE RESPONSABILE: MAURO FERRANTE.

l'rezione e la *Redazione* della Rivista hanno sede presso l'Associa-
e Italiana per l'Arbitrato, in Roma, Via XX Settembre 5 (c.a.p. 00187)
06/42014749 - 06/42014665; Fax 06/4882677.
rministrazione ha sede presso la Casa Editrice, in Milano (c.a.p. 20151),
3usto Arsizio, 40 - Internet: <http://www.giuffre.it>
ail: vendite@giuffre.it



ASSOCIAZIONE
ITALIANA
PER L'ARBITRATO

Publicazione trimestrale
Spedizione in a.p. - 45% - art. 2 comma 20/b
legge 662/96 - Filiale di Varese

Scienze Giuridiche
vol 1

RIVISTA DELL'ARBITRATO

direttore Elio Fazzalari

INDICI ANNATA 2002

GIUFFRÈ EDITORE

II) INTERNAZIONALE E STRANIERA

Lodi annotati

COLLEGIO ARBITRALE; lodo parziale reso secondo il Regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale; arbitrato n. 7819.

Credito documentario con anticipazione - Assicurazione del rischio politico - Contratto di vendita senza prezzo.

Determinazione della validità della vendita con riferimento alla C.V.I.M. ed ai Principi Unidroit.

Un contratto di vendita internazionale di zucchero privo dell'indicazione del prezzo è valido in quanto conforme alla prassi del commercio internazionale, così come viene evidenziato dall'art. 55 della C.V.I.M. e dall'art. 5.7 dei Principi Unidroit.

CENNI DI FATTO. — Un contratto di vendita internazionale di zucchero è stipulato tra sette società brasiliane e due società aventi sede in uno Stato della U.E. Per realizzare l'esportazione, il compratore apre un credito documentario di anticipazione presso una banca. La medesima banca (parte attrice), a sua volta, per coprire l'eventuale rischio politico in Brasile, stipula alcuni contratti assicurativi con un consorzio di compagnie di assicurazione (parte convenuta) muniti di clausola compromissoria C.C.I., soggetti al diritto francese.

A seguito dell'inadempimento del contratto di vendita da parte degli esportatori brasiliani, la banca adisce gli arbitri chiedendo il pagamento dell'indennizzo assicurativo comprensivo dei fondi anticipati agli esportatori.

L'assicuratore contesta le pretese di parte attrice sostenendo che, nella fattispecie, non ricorrevano gli estremi del rischio politico, così come definito nel contratto di assicurazione. In proposito eccepiva il difetto di causalità tra la dichiarazione del sinistro e il danno subito dall'attore. L'assicuratore, inoltre, sostiene di aver ricevuto dalla banca, prima della firma dei contratti assicurativi, alcune dichiarazioni inesatte e che il rapporto instauratosi derivava da un contratto di vendita invalido in quanto privo dell'indicazione del prezzo.

Il collegio arbitrale, fissata la sede dell'arbitrato a Parigi, nel lodo parziale qui in esame risolve la questione dell'invalidità del contratto di vendita *de quo* pronunciandosi a favore della piena validità ed efficacia di questo, in quanto conforme alla prassi del commercio internazionale con riferimento all'art. 55 della Convenzione

delle Nazioni Unite sulla vendita internazionale di merci e all'art. 5.7 dei Principi Unidroit.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*). — « La défenderesse a contesté la validité des contrats d'exportation selon le droit brésilien pour indetermination du prix...

[La défenderesse] a dénoncé l'"absence de risque réel", du fait de l'absence de tout force obligatoire des contrats tenant au mecanisme de fixation du prix, et en veut pour preuve que rien ne permet de fixer le prix au delà de mars 1990.

[La demanderesse] répond que selon l'article 1er des contrats les parties s'engagent respectivement à vendre et à acheter; qu'il s'agit d'opérations tout à fait courantes dans le commerce international considéré, lesquelles s'exécutant quotidiennement non obstant les objections éventuelles tirées d'une analyse civiliste; au demeurant, les contrats ont été renouvelés et la clause de prix pouvait parfaitement fonctionner.

En ce qui concerne tout d'abord le défaut d'examen des contrats commerciaux par [la défenderesse], le Tribunal observe que les contrats d'assurance ont été conclus au printemps 1989, les premiers rééchelonnements des contrats commerciaux intervenant quelques mois plus tard et les avenants n. 2 des polices étant signés en août 1990 après plusieurs mois de discussions. [La défenderesse] avait donc à chacun des étapes des loisir d'examiner de près les contrats commerciaux, de s'enquérir auprès des acheteurs d'une imperfection éventuelle et de mesurer la portée de la *red clause*.

Selon le droit brésilien tel qu'il ressort des débats échangés entre les parties, le caractère déterminable du prix suffit à la validité des contrats. Interrogé par [la défenderesse], la société [...] (importatrice n.d.r.) a expressément confirmé la régularité et l'efficacité des contrats. Il s'agit d'opérations normales et récurrentes, sur des marchandises qui ont un prix de marché. Par la clause dit d'"arrossage", les acheteurs s'engageaient à prendre les quantités de sucre nécessaires pour que la banque soit remplie des ses droits, en cas de chute de cours. Le Tribunal note surabondamment que la vente sans fixation préalable d'un prix est courante dans le commerce international, comme le montrent la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente international des marchandises (art. 55) ainsi que les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (art. 5.7).

Aucune irrégularité des contrats ou absence de caractère obligatoire n'a par ailleurs été invoquée par les vendeurs dans les procédures judiciaires brésiliennes. Certains ont au demeurant procédé à des livraisons partielles, avant et après le mois de mars 1990. Leur intérêt à livrer résultait des garanties prises par [la demanderesse] sur le matériel, dont l'exécution s'est poursuivie jusqu'à l'intervention de la force publique (même si finalement celle-ci a échoué devant les risques de troubles sociaux) ainsi que des nantissements de sucre, sur lesquels il y aura de revenir.

Compte tenu de ces différents éléments le Tribunal conclu à la réalité des contrats litigieux ». (*Omissis*).

Contratti di vendita internazionale privi di prezzo, questione preliminare e Principi Unidroit.

1. Il collegio arbitrale, nel lodo in commento, affronta il tema della validità di un contratto di vendita internazionale privo della espressa deter-

minazione di un elemento essenziale costituito dal prezzo del bene compravenduto.

Occorre precisare subito che l'oggetto della controversia principale sottoposta al giudizio arbitrale riguardava l'adempimento di un contratto assicurativo facente parte di un mosaico contrattuale costruito attorno ad un contratto di vendita internazionale per realizzare l'esportazione di una partita di zucchero dal Brasile all'Europa. Nelle sue linee essenziali, lo schema dell'operazione era il seguente: il compratore apriva, a favore degli esportatori brasiliani, un credito documentario di anticipazione presso la propria banca e questa si impegnava a finanziare l'operazione anticipando al venditore le somme necessarie per il trasporto dello zucchero fino a destinazione. A sua volta, la banca emittente stipulava un contratto di assicurazione in *pool*, soggetto al diritto francese, in modo da trasferire sull'assicuratore il rischio politico e quello dell'anticipazione delle spese inerenti al trasporto delle merci. La polizza assicurativa specificava la nozione di rischio politico nelle proprie condizioni generali di contratto le quali, inoltre, prevedevano il ricorso all'arbitrato C.C.I., in caso di controversia. A seguito dell'inadempimento del contratto di vendita da parte degli esportatori brasiliani, la banca emittente del credito documentario chiedeva all'assicuratore l'esecuzione del contratto e quindi il versamento dell'indennizzo, adducendo che, a causa delle misure restrittive prese dal governo del Presidente Collor, si era verificato il rischio politico. L'assicuratore contestava il fondamento della pretesa della banca ed in particolare eccepeva che il rapporto assicurativo *de quo* derivava da un contratto di vendita invalido, in quanto privo dell'indicazione del prezzo. L'accertamento della validità del contratto di vendita costituiva, pertanto, un antecedente logico necessario per la soluzione della controversia principale da riservare ad un successivo lodo finale. Per gli stessi motivi limiteremo la nostra analisi all'esame della validità del contratto di compravendita.

2. Il problema della validità del contratto di vendita costituiva, nella controversia *de qua*, una questione preliminare alla cui soluzione il collegio arbitrale giungeva attraverso un lodo parziale (1).

Al fine di risolvere la questione della validità, sia gli arbitri che le parti ritenevano *tout court* che la legge applicabile al contratto di vendita in questione fosse il diritto brasiliano, senza motivare tale conclusione, peraltro assunta in assenza di scelta espressa del diritto applicabile. Successivamente gli arbitri, a supporto della loro decisione, facevano riferimento alla C.V.I.M. ed ai Principi Unidroit in quanto espressioni della « prassi del

(1) Nel testo del lodo, pubblicato in *ICC ICA Bull.*, 2001, v. 12, n. 2, 56 ss., gli arbitri non hanno fatto espressa menzione di tale istituto ma, come si vedrà, è proprio con riferimento alla problematica della questione preliminare nell'arbitrato commerciale internazionale che è possibile spiegare la soluzione adottata dal collegio nel caso di specie.

commercio internazionale ». Prima di passare a tale « prassi », è opportuno soffermare l'attenzione sui motivi che possono avere indotto gli arbitri ad individuare il diritto brasiliano quale *lex contractus* del contratto di compravendita in esame.

Seguendo l'impostazione tradizionale in materia di questione preliminare, il problema della validità del contratto di vendita avrebbe potuto essere risolto in almeno quattro modi, tutti concepiti dalla dottrina con riferimento al giudice statale ma suscettibili di trovare applicazione, per analogia, nel giudizio arbitrale (2).

Innanzitutto, con riferimento al metodo disgiuntivo, gli arbitri avrebbero potuto fissare l'applicazione di un sistema di diritto internazionale privato e quindi sottoporre la questione preliminare alla legge richiamata dalle norme di questo. Così, qualora gli arbitri avessero scelto il diritto internazionale privato della *lex situs arbitri*, avrebbero applicato il diritto internazionale privato francese. Attraverso quest'ultimo e la Convenzione di Roma del 1980, sarebbero pervenuti ad individuare, quale legge competente, la legge del fornitore della prestazione caratteristica, dunque il diritto brasiliano.

Ad analoga soluzione — e migliore in quanto non postula necessariamente l'impiego delle norme di conflitto della *lex situs arbitri* — si sarebbe giunti sottoponendo la questione preliminare al diritto richiamato dalla spe-

(2) Cfr. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, Milano, 2001, 110 ss. che rileva la rarità delle questioni preliminari avuto riguardo alle controversie devolute alla cognizione arbitrale e cita quale unico esempio il lodo *ad hoc* del 9 settembre 1983, in *Yearbook Comm. Arb.*, 1987, 63 ss. In quella controversia, insorta tra una società tedesca ed una polacca, gli arbitri dovettero pronunciarsi in merito alla validità ed efficacia di un contratto soggetto alla legge svizzera avente ad oggetto la realizzazione di un impianto industriale per la produzione di gas in Polonia. Al fine di stabilire la configurabilità di una causa in forza maggiore legata ad alcune misure di blocco delle importazioni ad opera del governo polacco, il collegio ha deciso, secondo la legge polacca, la questione preliminare vertente sulla natura giuridica della società contraente e sull'entrata in vigore del provvedimento restrittivo in Polonia specificando, appunto che « the applicability of Swiss Law to the dispute does not exclude that preliminary questions can be examined under another law ».

Sul tema, finora raramente trattato nella letteratura sull'arbitrato internazionale, ma particolarmente sviluppato nel diritto internazionale privato dei rapporti di famiglia e di successione v. in generale MIGLIAZZA, *Le questioni pregiudiziali nel diritto internazionale privato*, in *Temi*, 1950, 477-506; LAGARDE, *La règle de conflit applicable aux questions préliminaires*, in *Rev. crit.*, 1960, 459 ss.; WENGLER, *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, in *RechtsZ.*, 1934, 148-251, trad. it. in *Dir. int.*, 1963, 50-134; Id., *Nouvelles réflexions sur les « questions préliminaires »*, in *Rev. crit.*, 1966, 165-215; VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1970, 456-478; PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1971, *passim*; GOTLIEB, *The incidental question revisited — theory and practice — in the conflict of laws*, in *ICLQ*, 1977, 734-798; SCHMIDT, *The incidental question in private international law*, in *RCADI*, 1992/II, v. 233, 305-416; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3^a ed., Padova, 1999, 266 ss.; MOSCONI, *Diritto internazionale privato*, 2^a ed., I, Torino, 2001, 139 ss.

cifica norma di conflitto impiegata per la questione principale. Poiché, in base all'art. 13 del Regolamento C.C.I. del 1988 (ed anche dell'art. 17 del regolamento C.C.I. in vigore dal 1998), la legge francese risultava applicabile alla questione principale, il diritto internazionale privato francese avrebbe portato *ut supra* all'applicazione del diritto brasiliano.

Qualora, invece, il collegio avesse ritenuto la questione preliminare assorbita in quella principale (attraverso la c.d. teoria dell'assorbimento), gli arbitri si sarebbero riferiti alla legge applicabile alla controversia principale nascente dal contratto di assicurazione e, quindi, trattandosi della legge francese avrebbero concluso a favore dell'applicazione del diritto materiale francese alla questione preliminare.

Analoga soluzione si sarebbe, infine, ottenuta sottoponendo la questione preliminare al diritto materiale del foro: posto che la sede del collegio arbitrale era stata fissata a Parigi ne seguiva l'applicazione della legge francese.

Se, dunque, il collegio ha ritenuto che la legge applicabile al contratto di vendita era quella brasiliana, si deduce che gli arbitri avevano optato, sia pure implicitamente, per i primi due metodi; in particolare per il secondo.

Ciò emerge dalle osservazioni che seguono.

In base al diritto francese, applicabile in base agli ultimi due metodi, il contratto di vendita *de quo* sarebbe risultato certamente nullo. Pertanto, in ossequio al principio del *favor contractus* (internazionalprivatistico), gli arbitri avrebbero senz'altro potuto escludere sia il metodo dell'assorbimento che quello del diritto materiale del foro ed optare per uno o l'altro dei primi due metodi sopra indicati.

Entrambi portavano all'applicazione del diritto brasiliano e, proprio in base a quest'ultimo, si raggiungeva una soluzione opposta rispetto a quella prevista dal diritto francese, in quanto l'invalidità del contratto privo dell'indicazione del prezzo veniva prevista solo nei casi più estremi.

3. Se quanto appena illustrato bastava per risolvere la questione preliminare in base al diritto brasiliano, la decisione finale richiedeva, secondo gli arbitri, anche una valutazione funzionale alla prassi del commercio internazionale: prassi che poteva ulteriormente trovare considerazione attraverso il riferimento agli usi del commercio di cui l'arbitro deve tenere conto in tutti i casi ai sensi dell'art. 13 del Regolamento C.C.I. del 1988 (ed ora dell'art. 17 del Reg. in vigore dal 1998).

Al fine di evidenziare la prassi del commercio internazionale in materia di vendita, gli arbitri si riferivano alla C.V.I.M., adottando un approccio assai discusso nella dottrina anche *lex mercatoristica*, stante la diversa natura giuridica della *lex mercatoria* e della Convenzione citata (3).

(3) V. ad es. FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On international commercial arbitra-*

Occorre rilevare, infatti, che il Brasile non aveva ratificato la C.V.I.M. sicché, analogamente a quanto avvenuto dinanzi alla Corte di Cassazione italiana nella nota vicenda *Fratelli Damiano* (4) — ancora sul commercio dello zucchero ma con l'applicazione ultronea della Convenzione di Ginevra del 1961 a titolo di *lex mercatoria* — gli arbitri hanno reso applicabile alla controversia la Convenzione citata, nonostante il caso di specie non ricadesse nel suo ambito di applicazione.

Quand'anche si fosse stabilita l'applicazione della C.V.I.M. alla fattispecie, il collegio si trovava ad affrontare un'ulteriore difficoltà: quella dell'interpretazione dell'art. 55 della Convenzione medesima. Ai sensi di tale norma:

« Se la vendita è validamente conclusa senza che il prezzo delle merci vendute sia stato espressamente o implicitamente fissato nel contratto, o da una disposizione che permetta di determinarlo, si reputa che le parti si siano, salvo disposizioni contrarie, tacitamente riferite al prezzo solitamente praticato al momento della conclusione del contratto, nel ramo commerciale considerato, per le stesse merci vendute in circostanze analoghe ».

Non è questa la sede per riprendere compiutamente il dibattito su tale

tion, The Hague, 1999, 844 ss. ove ulteriori riferimenti; cfr. LANDO, *The Lex mercatoria in International Commercial Arbitration*, in *ICLQ*, 1985, 747 ss.; v. anche ID., *The law applicable to the merits of the dispute*, in P. SARCEVIC (ed.), *Essays on international commercial arbitration*, London-The Hague, 1989; ID., *Lex mercatoria 1985-1996*, in *Festschrift till Stig Strömholm*, II, 1997, 567-584; AA.VV., *Transnational rules in international commercial arbitration*, Dossiers de l'Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Publ. n. 480/4, ICC Publishing, Paris, 1993; nonché, in particolare, gli scritti di Schmitthoff raccolti da CHENG CHIA-JUI (a cura di), *Clive Schmitthoff's selected essays on international trade law*, The Hague, 1988.

(4) Cass., 8 febbraio 1982, n. 122, *Ditta Fratelli Damiani S.n.c. c. Ditta August Topfer & Co. GmbH*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2285; in *Riv. dir. int.*, 1983, 470 ss., in *Dir. maritt.*, 1982, 644 ss.; in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, 829-838, con nota critica di GIARDINA, *Arbitrato transnazionale e Lex mercatoria di fronte alla Corte di Cassazione*, *ivi*, 754 ss., nonché sull'intera questione si consenta di rinviare a MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da F. GALGANO, Padova, 2002. In quella vicenda — che fece rabbrivire gli stessi sostenitori della teoria della *lex mercatoria* — la Cassazione arrivò a sostenere che: « la Convenzione europea di Ginevra del 1961, allontanandosi dalla vecchia logica degli Stati, si rifa all'esperienza dell'arbitrato mercantile... ed, istituendo nuovi ed appositi organi arbitrali, stabilisce, attraverso la disciplina dei loro compiti, anche un regolamento dell'arbitrato, peraltro subalterno rispetto alla volontà dei litiganti. Per modo che, la Convenzione di Ginevra del 1961 — riferendosi all'arbitrato "mercantile" in ordine a liti soggettivamente internazionali — deve considerarsi implicitamente richiamata nelle statuizioni contrattuali, stipulate da operatori economici appartenenti a Stati ratificanti, che deferiscano ad istituzioni arbitrali permanenti (localizzate in Stati ratificanti o in altri Stati) la risoluzione di vertenze insorte riguardo a vicende commerciali disciplinate dalla *lex mercatoria* fra essi intervenute; e la sua incidenza effettuale nell'ambito di dette vertenze deve ritenersi operante indipendentemente dall'appartenenza del collegio arbitrale ad uno Stato che abbia ratificato la Convenzione ».

tematica (5). Basti osservare che, se l'applicazione di tale articolo viene prevista qualora le parti abbiano concordato il prezzo della vendita sia espressamente che implicitamente, la soluzione paradossale prevista da tale norma consiste nel ritenere che le parti si siano tacitamente riferite al prezzo praticato nel settore.

Ebbene, se le parti non hanno trovato un accordo sul prezzo non si vede come possano avere tacitamente concordato di riferirsi al prezzo praticato nel ramo commerciale considerato. Di più, l'articolo in esame suppone risolta la questione della validità del contratto in quanto si riferisce ad una « vendita validamente conclusa ». La sua applicabilità deve, dunque, essere preventivamente accertata o, quantomeno, coordinata con quanto previsto all'art. 14 della Convenzione medesima in materia di formazione del contratto (6).

In conclusione, il richiamo alla C.V.I.M. non era sufficiente a risolvere la questione preliminare. Pertanto, gli arbitri procedevano ad interpretare la Convenzione medesima facendo riferimento ai Principi Unidroit sui contratti del commercio internazionale e la soluzione della questione preliminare, oggetto del lodo in discussione, veniva finalmente reperita nell'art. 5.7 il quale, pur disponendo una soluzione analoga a quella desumibile dall'art. 55 della C.V.I.M., risulta libero dal contrasto normativo presente in quest'ultima e permette di concludere *in favorem validatis* ammettendo la validità e l'efficacia del contratto senza indicazione espressa del prezzo (7).

(5) V. per tutti GIARDINA, *La determinazione del prezzo nei contratti internazionali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, 283-294; nonché SCHLECHTRIEM, *Commentary on the UN Convention on the international Sale of Goods (CISG)*, 2ª ed., Oxford, 1998, sub art. 55; AUDIT, *La vente internationale des marchandises*, LGDJ, Paris, 1990, 142 ss.

(6) Si inserisce qui il problema dell'ulteriore contraddizione tra l'art. 55 e l'art. 14 della C.V.I.M. in base al quale « una proposta di contratto, rivolta a una o più persone determinate, costituisce un'offerta, qualora sia sufficientemente precisa e ove indichi la volontà del suo autore di essere vincolato in caso di accettazione, una proposta è sufficientemente precisa quando indica le merci e, espressamente o implicitamente, fissa la quantità e il prezzo o dà indicazioni atte a determinarle ».

(7) Ai sensi dell'art. 5.7 dei Principi Unidroit: « (1) Se un contratto non fissa il prezzo, né contiene disposizioni che consentano di determinarlo, si reputa che le parti, in assenza di alcuna indicazione contraria, abbiano fatto riferimento al prezzo generalmente praticato al momento della conclusione del contratto per prestazioni dello stesso tipo in circostanze analoghe nel settore commerciale considerato o, se tale prezzo non sia determinabile, ad un prezzo ragionevole. (2) Se il prezzo deve essere stabilito da una delle parti e la determinazione da questa effettuata sia manifestamente irragionevole, tale prezzo deve essere sostituito con un prezzo ragionevole, senza tener conto di alcuna eventuale clausola contraria. (3) Se il prezzo deve essere fissato da un terzo, e questo non può o non intende farlo, deve essere fissato un prezzo ragionevole. (4) Se il prezzo deve essere fissato in riferimento a fattori che non esistono o hanno cessato di esistere o di essere conoscibili, devono essere presi in considerazione come sostituiti i fattori equivalenti più vicini ». Cfr. altresì l'art. 1474 c.c. italiano.

4. Il riferimento ai Principi Unidroit al fine di risolvere dei dubbi interpretativi o di colmare eventuali lacune all'interno della C.V.I.M. deve, dunque, essere ricollegato alla più recente giurisprudenza arbitrale⁽⁸⁾.

I Principi sono stati, infatti, concepiti dai loro estensori in funzione interpretativo-integrativa delle convenzioni internazionali di diritto uniforme, superando un dibattito non ancora sopito a favore della teoria dell'interpretazione in base a criteri autonomi e relegando in posizione minoritaria la tesi della localizzazione dei criteri interpretativi⁽⁹⁾.

Nell'arbitrato internazionale il ricorso alla teoria della interpretazione autonoma si rivela quanto mai opportuno anche perché l'arbitro, essendo strutturalmente privo di una *lex fori*, gode di un'ampia libertà — rispetto al giudice togato — nel ragionamento di *choice of laws*⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Su cui MARRELLA, *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. e impr./Europa*, 2000, 29-79 ove ulteriori riferimenti.

⁽⁹⁾ Il dibattito divide — soprattutto all'estero — coloro i quali sostengono che, una volta recepita nell'ordinamento interno, l'interpretazione di una data Convenzione internazionale vada effettuata in base a criteri e principi ricavabili dalla *lex fori* ed altra tesi, oramai maggioritaria e confermata dall'art. 2 della legge di riforma del diritto internazionale privato italiano, secondo la quale l'interprete deve tenere conto del carattere internazionale delle convenzioni e dell'esigenza di una loro uniforme applicazione. V., con specifico riguardo al contesto arbitrale, GIARDINA, *Le convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e di diritto uniforme nella pratica dell'arbitrato commerciale internazionale*, in questa *Rivista*, 1998, 191-210; KAHN, *Les conventions internationales de droit uniforme devant les tribunaux arbitraux*, in *Rev. D.U.*, 2000, 121 ss.; cfr. GEBAUER, *Uniform Law, general principles and autonomous interpretation*, in *Rev. D.U.*, 2000, 683 ss. Più in generale, tra una letteratura vastissima, v. GIARDINA, *Le convenzioni internazionali di diritto uniforme nell'ordinamento interno*, in *Riv. dir. int.*, 1973, 701-726; CARBONE, *Ambito di applicazione e criteri interpretativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *AA.VV.*, *La vendita internazionale*, Milano, 1981, 84 ss.; BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, spec., 88 ss., nonché FERRARI, *La vendita internazionale. Applicabilità e applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da F. GALGANO, XXI, Padova, 1997, 1 ss.; SCHLECHTRIEM (ed.), *Commentary on the UN Convention on the international Sale of Goods (CISG)*, cit., sub art. 7. Sulla storia e la finalità dei Principi Unidroit v. per tutti BONELLI, *Un « codice » internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995, 137 ss.

⁽¹⁰⁾ Si ricordi, in proposito, quanto affermato dagli arbitri nel lodo C.C.I. n. 7110 edito per estratto in MARRELLA, GÉLINAS, *Unidroit Principles for International Commercial Contracts in ICC Arbitration*, in *ICC Bull.*, 1999, v. 10, n. 2 75 e 75-78, nonché in *Id.*, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la Chambre de Commerce International*, in *Bull. C.C.I.*, 1999, v. 10, n. 2, 77-78 e 78-81, a proposito della metodologia di scelta della legge applicabile propria dell'arbitro internazionale: l'arbitro ha il potere-dovere di risolvere la controversia sulla base di principi « enjoying wide international consensus » a pena di tradire le stesse aspettative delle parti. Nello stesso senso v. lodo C.C.I. n. 6653 del 1993, in *Chunet*, 1993, 1140, con nota di ARNALDEZ. *Contro* un recentissimo lodo reso a Firenze (Coll. arb., 19 aprile 1994, in *Dir. comm. int.*, 1994, 861) nel quadro di un arbitrato *ad hoc* in cui gli arbitri, a maggioranza, hanno paradossalmente deciso che la scelta del diritto di uno Stato costituisce un'esclusione implicita dell'applicazione delle

Proprio in base alle considerazioni che precedono, alcuni recentissimi lodi C.C.I. hanno testimoniato l'impiego dei Principi Unidroit a scopo integrativo-interpretativo della C.V.I.M.⁽¹¹⁾ Così, ad esempio, l'art. 7.4.9 dei Principi Unidroit ha permesso di determinare sia l'autonomia del diritto agli interessi rispetto alla scusabilità del mancato pagamento, sia il tasso di interesse sulla base del quale determinare l'ammontare degli interessi per il mancato pagamento di una somma di denaro, risolvendo così un dubbio sull'interpretazione dell'art. 78 della C.V.I.M.

In tutti quei casi, tuttavia, l'applicabilità della C.V.I.M. era stata previamente accertata e l'applicazione dei Principi Unidroit aveva fatto seguito alla individuazione di una lacuna normativa nella Convenzione medesima.

Nel lodo in discussione, invece, accade, per la prima volta, che la C.V.I.M. venga applicata dagli arbitri al di là della propria sfera di applicazione e che, dovendo interpretarla, si ricorra successivamente ai Principi Unidroit per approdare alla soluzione finale di una questione preliminare.

5. Le osservazioni formulate sin qui portano a concludere che il collegio arbitrale non abbia risolto la questione preliminare attraverso una motivata tecnica di localizzazione.

Piuttosto, il lodo in commento offre lo spunto per enunciare un metodo ulteriore di soluzione delle questioni preliminari, un metodo che riaggrappandosi alla tecnica internazionalprivatistica può rivelarsi utile, nel contesto arbitrale, proprio in materia contrattuale.

Tale metodo consiste nel sottoporre la questione preliminare direttamente ai Principi Unidroit.

Infatti, dopo avere richiamato la legge brasiliana al fine di risolvere la questione preliminare, il collegio ha sentito la necessità di motivare la propria decisione in funzione di quei principi « enjoying wide international consensus » cui la missione dell'arbitro si trova ineluttabilmente legata così come venne testimoniato dal lodo C.C.I. n. 7110⁽¹²⁾. Orbene, invece di riferirsi ad una Convenzione internazionale che non voleva essere applicata al caso di specie per poi applicare i Principi Unidroit, meglio sarebbe stato impiegare correttamente le tecniche tradizionali di localizzazione e deci-

convenzioni internazionali recepite dallo Stato medesimo. In questo modo gli arbitri, essendo la *lex contractus* il diritto italiano, hanno escluso l'applicazione della C.V.I.M. ponendosi così in contrasto non solo con la giurisprudenza arbitrale ma anche con i principi oggi espressi, *inter alia*, all'art. 2 della legge di riforma del diritto internazionale privato.

⁽¹¹⁾ Cfr. ad es. il lodo C.C.I. n. 8128 del 1995 il cui estratto si reperisce in *Chunet*, 1998, 1025-1028, connota di HASCHER; nonché i lodi finali C.C.I. n. 8769 del 1996 e n. 8817 del 1997 entrambi editi per estratto in MARRELLA, GÉLINAS, *Unidroit Principles*, cit., rispettivamente 75 e 75-78, nonché in *Id.*, *Principes d'Unidroit*, cit., 77-78 e 78-81.

⁽¹²⁾ Cfr. nota 10.

dere la questione in base al diritto brasiliano oppure scegliere di risolvere la questione preliminare direttamente attraverso i Principi medesimi.

D'altra parte occorre anche chiedersi se la C.V.I.M. continui a rispecchiare la prassi del commercio internazionale, una prassi che, come dimostrato dal varo dei recentissimi Incoterms 2000, si trova in costante evoluzione.

Esiste, insomma, un rischio — sia pure recondito — che, a causa dell'accelerazione del progresso tecnico e dei mutamenti geopolitici in atto, la C.V.I.M. divenga obsoleta o inadeguata e finisca col ripetere le antiche vicende che hanno caratterizzato, sul piano del diritto interno, l'era della codificazione statale del diritto commerciale ed il suo progressivo allontanamento dell'antico *jus mercatorum* ⁽¹³⁾.

Se ciò si verificasse, gli arbitri — come sembrano fare nel lodo in discussione ⁽¹⁴⁾ — potrebbero cadere nella tentazione di verificare sempre la conformità della C.V.I.M. alla prassi del commercio internazionale attraverso un vaglio delle sue norme alla luce dei Principi Unidroit analogamente a quanto è già avvenuto in quei lodi C.C.I. ove i medesimi Principi sono stati applicati per confermare una soluzione tratta dal diritto statale applicabile ⁽¹⁵⁾.

Il ruolo dei Principi Unidroit diviene così sempre più cruciale, nel moderno diritto del commercio internazionale, per il coordinamento di norme di varia provenienza formale ed, in definitiva, per il governo della mondializzazione dell'economia.

FABRIZIO MARRELLA

⁽¹³⁾ Si veda in generale GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 3^a ed., I, Padova, 79 ss., nonché il suo *Lex mercatoria*, 4^a ed., Bologna, 2001, 1 ss.

⁽¹⁴⁾ Nel caso qui in discussione non si trattava, infatti, di colmare una lacuna della C.V.I.M., bensì di verificare la « sintonia » della Convenzione medesima con le moderne esigenze del diritto del commercio internazionale: cioè con quelle stesse esigenze che avevano giustificato il richiamo della Convenzione ad opera degli arbitri.

⁽¹⁵⁾ Cfr. da ultimi il lodo n. 9753 del 1999, il cui estratto si reperisce in *Bull. C.C.I.*, 2001, 82-84 con il commento di MARRELLA, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration 1999-2001*, ivi, 49-55; nonché il lodo n. 10346 del 2000, in *Bull. C.C.I.*, cit., 106-115. Sulla giurisprudenza arbitrale C.C.I. precedente v. In, *Lex mercatoria e Principi Unidroit*, cit., 56 ss.

La « controllabilità » interna ed esterna dei lodi ICSID.

LAURA BERGAMINI

Premessa.

L'interesse suscitato in questi ultimi anni dall'ICSID non sembra avere precedenti: il numero delle controversie devolute all'*International Center for Settlement of Investment Disputes* è aumentato negli ultimi 15 anni del 60%, un fenomeno questo da molti ricondotto alla diffusione di trattati bilaterali e multilaterali contenenti una clausola arbitrale ICSID (l'arbitrato presso il Centro è una delle possibili alternative per la soluzione delle controversie sorte nell'ambito del NAFTA e dell'UNCLOS).

Il Centro Internazionale fu istituito nel 1965, sotto gli auspici della World Bank, dalla Convenzione di Washington, con il fine di creare un foro neutrale per la risoluzione di controversie particolarmente delicate per la materia coinvolta e per la qualità delle parti interessate: sotto il primo aspetto, infatti, l'articolo 25 della Convenzione prevede possano essere devolute ad arbitrato ICSID solo controversie di natura giuridica scaturenti da un investimento — « any legal dispute arising directly out of an investment » c. 1 —. Sotto il secondo profilo, la stessa disposizione prevede che la lite debba essere sorta fra l'investitore (persona fisica o giuridica) e lo Stato (o una sua « any constituent subdivision or agency ») nel quale ha avuto sede l'investimento, dovendo, i soggetti coinvolti, avere diversa nazionalità ed appartenere a — od essere (nel caso della parte statale) — Stati membri della Convenzione.

La peculiarità dell'arbitrato ICSID è la sua totale indipendenza dagli ordinamenti statuali: la Convenzione ha creato un sistema giuridico autonomo attraverso l'eliminazione di ogni tradizionale interazione fra ordinamenti statuali e tribunali arbitrali. Numerosi elementi nella disciplina della procedura arbitrale fondano tale affermazione: possono, ad esempio, citarsi, senza presunzione di completezza, la piena autosufficienza del meccanismo di nomina arbitrale, capace di sopperire all'eventuale inerzia di una delle parti (artt. 37-40 Conv.); l'attribuzione in via esclusiva, almeno secondo l'opinione dominante, del potere cautelare al tribunale arbitrale (art. 46); l'individuazione della legge sostanziale applicabile alla controversia nel