

Valentina Capasso

---

***REFEREE VS. EMERGENCY  
ARBITRATION:  
CHI È IL VERO ARBITRO?***

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## ***Referee vs Emergency Arbitrator: chi è il vero arbitro?***

VALENTINA CAPASSO (\*)

1. Dal *referee* all'*emergency arbitrator*. — 2. La decisione che ha segnato il destino del *referee*. — 3. La qualificazione dell'*order*. — 4. *Arbitrator or not arbitrator? That is the question*. — 5. Conclusioni.

1. L'*Emergency Arbitrator*, introdotto dal Regolamento ICC 2012, ha già fatto abbondantemente parlare di sé<sup>(1)</sup> e non ha, pertanto, più bisogno di presentazioni. L'avvento dell'istituto, viceversa, ha ulteriormente contribuito all'oblio della figura — introdotta dalla stessa Camera sin dal 1990, ma mai davvero decollata — del *référé pré-arbitral*<sup>(2)</sup>.

---

(\*) Dottoranda di ricerca nella Università di Napoli Federico II.

(1) Con l'avvertenza che l'elenco è lungi dall'essere esaustivo, si vedano SANTENS A.A.-KUDRNA J., *The State of Play of Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions*, in *Journal Int. Arb.*, 2017, 34(1), 1 ss.; BASSLER W.G., *The enforceability of emergency awards in the United States: or when interim means final*, in *Arb. Int.*, 2016, Vol. 32 (4), 559 ss.; SANTACROCE F.G., *The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?*, in *Arb. Int.*, 2015, Vol. 31 (2), 283 ss.; BAIGEL B., *The emergency arbitrator procedure under the 2012 ICC rules: a juridical analysis*, in *Journal Int. Arb.*, 2014, 31(1), 1 ss.; GHAFFARI A.-WALTERS E., *The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?*, in *Arb. Int.*, 2014, 30(1), 153 ss.; GODWIN W., *Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce*, in *Id.*, *International Construction Contracts*, Oxford, 2013, 137 ss.; FUMAGALLI L., *Le emergency arbitration rules nel nuovo regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale*, in questa *Rivista*, 2013, 3, 651 ss.; MAZZA F., *Il nuovo regolamento di arbitrato della ICC*, in questa *Rivista*, 2013, 1, 43 ss.; GOLLER K.C., *The 2012 ICC Rules of Arbitration - An Accelerated Procedure and Substantial Changes*, in *Journal Int. Arb.*, 2012, 323 ss.; CASTINEIRA E., *The Emergency Arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration*, in *Cah. arb.*, 2012, 65 ss.; VOSER N.-BOOG C., *ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview*, in *ICC Bulletin*, 2011, Suppl., 81 ss.; MAYER S.R., *Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*, in *Rev. arb.*, 2011, 897 ss.; VOSER N., *Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules*, in *ASA Bulletin*, 2011, 783 ss.

(2) Che, se ha ricevuto ben poco interesse al momento dell'introduzione — si veda ARNALDEZ J.J.-SCHÄFER E., *Le règlement de référé pré-arbitral de la Chambre de Commerce Internationale (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1990)*, in *Rev. arb.*, 1990, 835 ss. —, ha visto incrementare i commenti dopo la pronuncia della Corte d'appello di Parigi di cui si discuterà *infra* — CARLEVARIS A., *Tutela cautelare «pre-arbitrale»: natura del procedimento e della decisione*, in questa *Rivista*, 2003, 2, 259 ss.; LÉCUYER-THIEFFRY C., *First Court Ruling on the ICC*

Eppure quest'ultimo, per come configurato, sarebbe potenzialmente idoneo a trovare latitudine applicativa finanche maggiore del nuovo arbitro d'urgenza, del quale, come si cercherà di dimostrare, ripete la natura.

Era davvero necessario, allora, introdurre un (ulteriore) arbitrato cautelare? Così è apparso al *Drafting Sub-Committee* (DSC) della *Task Force* incaricata della revisione delle *ICC Rules of Arbitration*, che pure si era rappresentato la possibilità di procedere ad una semplice modifica del Regolamento relativo al *référé pré-arbitral*. La scelta finale, nel senso dell'introduzione di un nuovo istituto, peraltro, appare supportata da motivazioni poco convincenti.

In particolare, il DSC ha ritenuto:

a) che le regole procedurali del *référé* fossero troppo complesse e la conoscenza dell'istituto troppo scarsa;

b) che fosse necessario ovviare alla diffusa visione che la decisione del *referee* avesse natura meramente contrattuale;

c) che il rischio dell'"effetto sorpresa" insito in uno strumento previsto con la tecnica dell'*opt-out* potesse essere risolto solo restringendo l'ambito di applicazione dell'istituto, *id est* limitando la possibilità di ricorso alla misura pre-arbitrale ai soli casi d'urgenza<sup>(3)</sup>.

Ora, con riferimento al punto *sub a*), va osservato che il principale ostacolo alla diffusione della procedura di *référé pré-arbitral* sta proprio nel suo aver sempre fatto oggetto di un Regolamento a sé (come tale da richiamare espressamente con una clausola contrattuale<sup>(4)</sup>), tant'è che

---

*Pre-Arbitral Referee Procedure*, in *Journal Int. Arb.*, 2003, 20(6), 599 ss.; HANOTIAU, *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*, in *Int. Arb. L. Rev.*, 2003, 75 ss.; GAILLARD E.-PINSOLLE P., *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*, in *Arb. Int.*, 2004, 20(1), 13 ss.; TERCIER P., *Le référé pré-arbitral*, in *ASA Bull.*, 2004, 22, 464 ss. — salvo, poi, ricadere in un oblio solo saltuariamente interrotto (ad esempio, da CARLEVARIS A., *Sub art. 23*, in BRIGUGLIO A.-SALVANESCHI L., *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale. Commentario*, Milano, 2005, 436-437; BÜHLER M., *Pre-Arbitral Referee and Emergency Arbitrator Proceedings Compared*, in *ICC Bulletin*, 2011, Suppl., 93 ss. e RUBINO SAMMARTANO M., *Il Référé pré-arbitral*, in Id. (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 551 ss.).

Sull'istituto francese del *référé*, che ha ispirato la procedura approntata dalla ICC, vedi, per tutti, SILVERSTRI C., *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005; JOMMI A., *Il référé provision*, Torino, 2005; METAFORA R., *La procédure de référé*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, 23.

<sup>(3)</sup> VOSER N.-BOOG C., *ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview*, cit., 83 che, in relazione a tale ultimo punto, ritiene che la lettera dell'articolo 2.1 del Regolamento sia univoca nel senso di subordinare l'emissione della pronuncia all'urgenza del procedere. In realtà, nel testo, il requisito è previsto solo dalla lett. a (« *The powers of the Referee are [...] to order any conservatory measures or any measures of restoration that are urgently necessary to prevent either immediate damage or irreparable loss and so to safeguard any of the rights or property of one of the parties* »); le successive lett. b, c e d, invece, sembrano consentire incondizionatamente al *referee* di ordinare alla parte soccombente il pagamento di somme e l'esecuzione di obblighi di fare e non fare, nonché di disporre ogni misura necessaria alla raccolta e alla conservazione della prova. In questo senso anche GAILLARD E.-PINSOLLE P., *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*, cit., 14-15.

<sup>(4)</sup> WEBSTER T.H.-BÜHLER M., *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, 3<sup>rd</sup> ed., London, 2014, 448, riportano solo 10 casi in 20 anni (identificando anch'essi la causa principale nel meccanismo di *opt-in*).

l'*emergency arbitrator* è stato, poi, inserito nelle *ICC Arbitration Rules* <sup>(5)</sup>; ma allora, quand'anche si concordi — e non pare il caso — con la valutazione di complessità della procedura di *référé*, non si vede quale sarebbe stata la necessità di importarla tal quale nel Regolamento di arbitrato.

La questione di cui al punto *sub b)* sarà affrontata nel prosieguo, ma può sin d'ora rilevarsi che sostituire l'appellativo del terzo non è certo sufficiente a mutare la natura dell'incarico conferitogli.

Infine, rispetto al problema rappresentato *sub c)*, la scelta del DSC non pare né necessaria, né sufficiente: da un lato, infatti, una volta integrata la previsione dell'arbitrato cautelare — comunque denominato — nel Regolamento, dovrebbe potersi presumere che le parti, nel momento in cui ne concordano l'operatività, siano a conoscenza del suo contenuto, con conseguente neutralizzazione di ogni *surprise effect*. Dall'altro, se la prassi dimostra come i contraenti spesso sottovalutino — e quindi trascurino — il momento della stipula della convenzione arbitrale, tale circostanza non sembra poter costituire ragione sufficiente della volontaria minorazione, così operata, della tutela delle parti, soprattutto se si considera che l'intento del DSC era quello di « *to provide effective relief and to offer a viable alternative to state courts* » <sup>(6)</sup>; laddove gli ordinamenti statali non necessariamente subordinano la concessione di misure cautelari alla sussistenza del requisito dell'urgenza.

Sarà forse cinico, ma il sospetto è che la vera motivazione di una simile restrizione sia ben altra: in dottrina, non solo italiana, si è da tempo rilevato come la tutela cautelare, a certe condizioni, risulti totalmente soddisfacente per l'attore — che, quindi, non ha interesse ad avviare il giudizio di merito —, e come, qualora neppure il soccombente agisca in accertamento negativo — verosimilmente in quanto consapevole della scarsità delle proprie *chances* di successo —, il rapporto (una volta) controverso resti disciplinato *sine die* da un provvedimento che, per quanto formalmente provvisorio, si rivela *de facto* definitivo <sup>(7)</sup>.

Un simile risultato, finché si resti nell'ambito del processo statale, risponde certamente agli interessi di tutti: (ovviamente) a quelli delle parti ma, secondo la lettura che appare preferibile, anche a quelli dell'amministrazione della giustizia, traducendosi non solo in una riduzione dei tempi processuali — che, come efficacemente notato, costituisce un vero e

---

<sup>(5)</sup> All'articolo 29, il cui comma 6(b) prevede che l'istituto « *shall not apply if [...] the parties have agreed to opt out of the Emergency Arbitrator Provisions* ».

<sup>(6)</sup> VOSER N.-BOOG C., *ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview*, cit., 82.

<sup>(7)</sup> È, questa, l'idea di fondo che domina l'intera monografia di QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006; in particolare, si vedano le pp. 136 ss. e, *ivi*, i riferimenti bibliografici.

MITIDIERO D., *Técnica Antecipatória no Direito Comparado*, in *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, 2013, 57, 26 ss. Vedi, ancora, *infra*, par. 2.

proprio « onere »<sup>(8)</sup> —, ma anche del numero complessivo di procedimenti pendenti (e basti pensare, a conferma di ciò, all'esperienza brasiliana dell'ultimo ventennio, che è andata sensibilmente oltre la mera anticipazione della cautela)<sup>(9)</sup>.

Lo stesso, invece, non può dirsi dal punto di vista dell'istituzione arbitrale, per la quale l'eventualità che le parti perdano interesse all'instaurazione del giudizio di merito dopo la decisione in ordine alla misura cautelare rappresenta una sicura perdita economica.

Ecco che, allora, può spiegarsi come, nel passaggio dal *référé pré-arbitral*<sup>(10)</sup> all'*emergency arbitrator*, le spese sono state elevate da 5.000<sup>(11)</sup> a 40.000<sup>(12)</sup> dollari, l'accesso alla procedura è stato inequivocabilmente subordinato alla presenza del requisito dell'urgenza e il rapporto di strumentalità è stato reso più stretto (persino più di quanto non sia per le misure cautelari conservative di diritto interno): il ricorrente non può, infatti, attendere l'emanazione del provvedimento cautelare per richiedere la costituzione del collegio arbitrale, dovendo invece attivarsi in tal senso entro 10 giorni dalla domanda di *appointment* dell'*emergency arbitrator*<sup>(13)</sup>. Inoltre, lo stesso ricorso a quest'ultimo è consentito solo a condizione che le parti abbiano stipulato una clausola compromissoria che richiami il Regolamento ICC<sup>(14)</sup>.

La nomina del *referee*, invece, prescinde totalmente sia dalla proposizione della domanda di merito (come si desume *a contrario* dalla

---

<sup>(8)</sup> ANDOLINA I., *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*, Milano, 1983, 15 ss.

<sup>(9)</sup> In Brasile, infatti, proprio l'intento di conseguire una « distribuzione isonomica dell'onere del tempo nel processo » (cfr. MITIDIERO D., *Anticipazione della tutela. Dalla tutela cautelare alla tecnica anticipatoria*, Torino, 2016, 36 ss.) — a fronte di una prassi in cui il tale risultato non poteva essere conseguito se non snaturando « l'azione cautelare innominata » di cui all'articolo 806 *Código de Processo Civil*, ovvero utilizzandola « come tecnica di sommarizzazione del processo di cognizione e per sopperire alla sua inattitudine nell'ottenere la tutela preventiva dei diritti », cosicché « l'azione, anche se chiamata cautelare, in realtà costituiva un'azione di cognizione esauriente dove era possibile ottenere l'anticipazione della tutela finale » (cfr. MARINONI L.G., *L'Evoluzione della Tecnica Anticipatoria e della Tutela Preventiva in Brasile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 4, 3-5) — ha spinto il legislatore del 1994, nel riformare il codice di procedura civile, ad inserirvi la « tutela anticipatoria » all'articolo 273 (su cui vedi MITIDIERO D., *Anticipazione della tutela. Dalla tutela cautelare alla tecnica anticipatoria*, cit., *passim*, e Id., *Técnica Antecipatória no Direito Comparado*, in *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, 2013, 57, 26 ss.).

Tale tecnica processuale è poi stata generalizzata nel *Novo Código de Processo Civil* (legge 16 marzo 2015, n. 13150), il cui articolo 295 prevede che « *a tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antessente ou incidental. § único: A tutela antecipada pode fundamentar-se em urgência ou evidência* ».

<sup>(10)</sup> Peraltro, tuttora disponibile.

<sup>(11)</sup> Articoli A.1 e B.1 *Pre-Arbitral Referee Rules (PAR Rules) Appendix - Costs and Payment for a Pre-Arbitral Referee Procedure*; va, peraltro, precisato, che la somma costituisce solo un anticipo, ben potendo, all'esito del procedimento, risultare un importo maggiore.

<sup>(12)</sup> Articolo 7(1) dell'*Appendix V: Emergency Arbitrator Rules* (di seguito: *EA Rules*).

<sup>(13)</sup> Articolo 1(6) *EA Rules*.

<sup>(14)</sup> Articolo 29, comma 5 del Regolamento di arbitrato.

circostanza che sia previsto solo come eventuale che il *referee* subordini l'ordinanza alla condizione che la parte risultata vittoriosa avvii il giudizio di merito entro un certo termine) <sup>(15)</sup>, sia dal tipo di autorità competente a decidere della stessa <sup>(16)</sup>.

Sembra, allora, che dell'*emergency arbitrator* non ci fosse davvero bisogno, esistendo già una procedura — il *référé pré-arbitral* — che, pur necessitando di qualche piccolo ritocco, suppliva già (e, forse, anche meglio) al ruolo oggi ricoperto dal primo; ma prima di poter concludere in tal senso, appare necessario verificare l'effettiva identità delle funzioni svolte dai terzi chiamati a pronunciarsi *ante causam*.

2. Se, come detto, il meccanismo di *opt-in* ha fortemente contribuito alla scarsa diffusione del *référé pré-arbitral*, sembra essere stata una (ormai relativamente lontana) decisione della Corte d'appello di Parigi <sup>(17)</sup> a tagliare definitivamente le gambe all'istituto. Il “sembra” è d'obbligo, in quanto il valore della decisione — che già non convinceva allora <sup>(18)</sup> e meno ancora persuade oggi — andrebbe fortemente ridimensionato.

Senza voler ripercorrere l'intera vicenda sostanziale che ha occasionato la pronuncia <sup>(19)</sup>, basti qui notare che, essendo insorta controversia nel corso dell'esecuzione del contratto stipulato tra l'ente pubblico *Société Nationale des Pétroles du Congo* (SNPC) e la società *Total Fina Elf E&P Congo* (TEP), la prima aveva manifestato la propria intenzione di sciogliersi dal contratto. La TEP, di conseguenza, aveva fatto ricorso alla procedura di *péféré pré-arbitral* della ICC, in forza della specifica pattuizione in tal senso stipulata in contratto. All'esito della procedura, il *referee* aveva ordinato alla SNPC di non ostacolare l'esecuzione del contratto sino alla pronuncia definitiva del collegio arbitrale eventualmente adito per il merito.

---

<sup>(15)</sup> Articolo 6.4 *PAR Rules*.

<sup>(16)</sup> Articolo 1.1 *PAR Rules*.

<sup>(17)</sup> App. Parigi, 29 aprile 2003, *Société Nationale des Pétroles du Congo et République du Congo c. Total Fina Elf E&P Congo*, in questa *Rivista*, 2003, 2, 343 ss.

<sup>(18)</sup> Si vedano, al riguardo, le critiche di CARLEVARIS A., *Tutela cautelare « pre-arbitrale »: natura del procedimento e della decisione*, cit.; LOQUIN E., *De la nature juridique du référé pré-arbitral de la CCI*, in *RTD Com.*, 2003, 482 ss.; CLAY T., *La première application du référé pré-arbitral de la CCI*, in *Recueil Dalloz*, 2003, 2478; MOURRE A., *Référé, pré-arbitral de la CCI: to be or not to be a judge...*, in *Gazette du Palais*, 2003, 149, 5 ss.

Appaiono, invece, limitarsi a recepire le conclusioni della Corte JARROSSON C., *Le référé pré-arbitral CCI n'est pas un arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2003, 1229 ss.; MUNIZ P.R.G., *A Tutela Antecipatória no Procedimento Pré-Arbitral*, in *RBAr*, 2005, 8, 58 ss.; LIMA L.R.R., *O Procedimento Cautelar Pré-Arbitral da CCI*, in *RBAr*, 2008, 18, 60 ss.

<sup>(19)</sup> Del resto, facilmente ricostruibile dalla lettura della sentenza e dell'articolo di Carlevaris già citati, nonché dell'ordinanza emessa dal *referee*, pubblicata anch'essa in questa *Rivista*, 2003, 2, 365 ss.

La SNPC <sup>(20)</sup> aveva conseguentemente impugnato la pronuncia — di cui affermava la natura di *sentence arbitrale* — onde vederla annullata ai sensi dell'articolo 1504 CPC (che, nel testo all'epoca vigente, prevedeva che « [l]a *sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502* », ovvero in caso di nullità, inesistenza o sopravvenuta inefficacia della convenzione d'arbitrato; di irregolare costituzione dell'organo arbitrale; di violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, o del principio del contraddittorio, o dell'ordine pubblico internazionale) <sup>(21)</sup> dinanzi alla Corte d'appello di Parigi.

Quest'ultima, ritenendo che la questione della qualificazione dell'ordinanza del *referee* quale *sentence arbitrale* richiedesse preliminarmente di stabilire se il terzo fosse assimilabile ad un arbitro, ha escluso tale possibilità e dichiarato, conseguentemente, irricevibile il ricorso.

In particolare, sotto il profilo formale, ha rilevato come il preambolo del Regolamento qualificasse il meccanismo come « nuovo » (quindi, deve presumersi, « diverso » da istituti preesistenti) ed evitasse accuratamente, nel riferirsi al terzo, l'utilizzo del termine « arbitro ».

Inoltre, procedendo ad un'interpretazione (pretesamente) teleologica del Regolamento, ha ritenuto che le parti avessero conferito al *referee* « *la mission de rendre une décision qu'elles ont contractuellement et par avance rendue obligatoire* » e che, dunque, l'ordinanza risultante dal procedimento « *a[vait], malgré son appellation, une nature conventionnelle* », e, di conseguenza, l'autorità della « *chose convenue* », e non della « *chose jugée* ». Inoltre, pur avendo premesso di non volersi pronunciare sulla riconducibilità dell'*order* al tipo della sentenza o dell'ordinanza, ha sottolineato come esso « *ne préjuge[ait] pas au fond et ne modifi[ait] en rien la situation des parties* », con ciò sottintendendo l'opzione per la seconda alternativa.

La tradizionale laconicità che contraddistingue(va?) <sup>(22)</sup> le decisioni delle Corti francesi non consente di replicare puntualmente al ragionamento — rimasto ignoto — seguito dalla *Cour d'appel*. Di conseguenza, nel criticare i « considerando » della pronuncia, appare utile tener conto degli abbondanti commenti della dottrina (non solo francese), che si è sforzata, a seconda dei casi, di rinvenire (immaginare?) le basi giuridiche della pronuncia o, al contrario, di dimostrarne l'erroneità.

---

<sup>(20)</sup> Insieme alla Repubblica del Congo, sua *partner* nel contratto.

<sup>(21)</sup> Anche tale articolo, come il precedente, risulta oggi modificato (*rectius*: completamente riscritto) dal *Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011*.

<sup>(22)</sup> Sul mutamento dello stile redazionale delle sentenze francesi, quantomeno a livello di *Cour de cassation*, si vedano i lavori della *Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, pubblicati — insieme ad ampia documentazione che dà conto delle varie tappe del processo di riforma — su <https://www.courdecassation.fr>.

3. Innanzitutto, per quanto debba riconoscersi che l'idea di affrontare la questione partendo dalla qualificazione del terzo non è priva di logica, la pronuncia sarebbe stata maggiormente condivisibile (*rectius*: meno criticabile) se si fosse limitata a statuire sulla natura della pronuncia del *referee*, e ciò sia dal punto di vista della coerenza della giurisprudenza interna — in quanto la Corte d'appello avrebbe potuto risolvere la questione limitandosi a richiamare la definizione di sentenza arbitrale invalsa all'epoca, secondo la quale è qualificabile come tale « *l'acte qui tranche de manière définitive en tout ou en partie le litige que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un motif de procédure et qui conduit à mettre fin au litige même en partie* »<sup>(23)</sup> —, sia rispetto al panorama internazionale.

L'eventuale pronuncia che avesse affermato la natura di ordinanza della decisione del *referee*, infatti, non avrebbe certo rappresentato un *unicum*: recenti studi comparatistici hanno registrato, anche rispetto agli *interim o provisional award* — promananti, dunque, da soggetti di cui non è contestata la natura di arbitro —, un atteggiamento quanto mai variegato da parte della legislazione e della giurisprudenza dei diversi ordinamenti; constatando, peraltro, la prevalenza di soluzioni nel senso della *unenforceability* di tali decisioni (per quanto formalmente qualificate come lodi)<sup>(24)</sup>. Non è, quindi, un caso che persino la dottrina che — a differenza della Corte d'appello — riconosce la natura di arbitro del *referee*, è giunta a concordare con il (solo) risultato della pronuncia, rilevando che « *the referee's order is not an award because it is a provisional decision, which can be subsequently amended or revoked by the Arbitral Tribunal* »<sup>(25)</sup>.

Se, come appare quindi evidente, è impensabile svolgere un discorso unitario quanto al valore da conferire ad una pronuncia arbitrale cautelare, è certamente possibile analizzare la decisione della *Cour d'appel* dal punto di vista dell'ordinamento francese, onde verificarne la coerenza con la giurisprudenza in materia di arbitrato e di misure cautelari. E la verità è che è proprio quest'ultima che, osservata nel complesso, appare poco costante: da un lato, infatti, appare contraddittorio che la stessa Corte che

---

<sup>(23)</sup> App. Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *Brasoil*, in *Rev. arb.*, 1999, 834 e *ivi*, 2002, 545.

Tale definizione, peraltro, è ritenuta inadeguata dal Presidente della Cassazione libanese, che cita, tra gli esempi a sostegno della propria affermazione, proprio la decisione sul *référé pré-arbitral*: cfr. MAAMARI M., *L'exécution des sentences arbitrales étrangères et des sentences rendues localement en droit libanais*, tratto da [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), 9.

<sup>(24)</sup> BERMAN G.A., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, New York, 2017, 14 ss. Benché lo studio riguardi specificamente il riconoscimento dei lodi stranieri, l'atteggiamento degli Stati, sul punto, rispecchia quello che essi assumono nei confronti delle decisioni rese negli arbitrati interni.

<sup>(25)</sup> POUURET J.F.-BESSON S., *Comparative Law of International Arbitration*, Zurich, 2007, 73.



aveva affermato la propria discrezionalità nell'attribuire alla decisione arbitrale la qualifica di lodo o di ordinanza, indipendentemente dal termine utilizzato dall'arbitro o dalle parti <sup>(26)</sup>, si sia poi appigliata all'uso (anzi, al non uso) di un termine per derivarne conseguenze sostanziali. Dall'altro, se la dottrina ha immediatamente rilevato che il carattere provvisorio di una decisione non vale a disconoscerne la natura giurisdizionale — e che, anzi, la pronuncia, pur se non definitiva, può essere qualificata come sentenza ogniqualvolta al terzo sia richiesto di decidere una controversia <sup>(27)</sup> —, la Corte parigina, a distanza di appena un anno <sup>(28)</sup>, ha riconosciuto la natura di *sentence arbitrale* ad una misura provvisoria (per giunta, corredata da *astreintes*).

In realtà, come si evince dalla rapida esposizione dei rilievi contenuti nella sentenza, la Corte non ha fatto alcun riferimento alla natura provvisoria del provvedimento del *referee*; alla dottrina, tuttavia, l'allusione è apparsa implicita nel rilievo che esso non pregiudica il merito della causa, posto che “provvisorietà” e “assenza di effetti pregiudizievoli del merito della causa” costituiscono un'endiadi in materia di pronunce del *juge des référés*. La prassi ha, peraltro, dimostrato — e la dottrina sottolineato — come entrambi i caratteri *formalmente* intrinseci ai provvedimenti in discorso restino, spesso, solo enunciazioni di principio: sebbene « [j]uridiquement, une décision de référé peut toujours être remise en cause par le juge du fond [...], lorsqu'elle n'a fait l'objet d'aucun recours, la décision de référé peut, dans certains cas, affecter définitivement les droits des parties » <sup>(29)</sup>; una simile eventualità presuppone, ovviamente, che la parte vittoriosa abbia conseguito, tramite la pronuncia del giudice di *référé*, la stessa utilità sostanziale (o una molto simile e, per lui, sostanzialmente equivalente) che avrebbe potuto ottenere all'esito del giudizio di merito.

Ora, se tale condizione non può in via generale affermarsi in relazione ad alcune delle statuizioni suscettibili di costituire il contenuto dell'*order del referee* <sup>(30)</sup>, essa pare, invece, sicuramente integrabile dalla pronuncia che ordini « a party to make to any other party or to another person any payment which ought to be made » <sup>(31)</sup>. Ed allora, almeno in un caso del genere, la pronuncia del *referee* parrebbe rappresentare nient'altro che

---

<sup>(26)</sup> App. Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *Brasoil*, cit.

<sup>(27)</sup> LOQUIN E., *De la nature juridique du référé pré-arbitral de la CCI*, cit., 486.

<sup>(28)</sup> App. Parigi, 7 octobre 2004, *Otor*, in *Rev. arb.*, 2005, 737 ss.

<sup>(29)</sup> GUINCHARD S., *Droit et pratique de la procédure civile*<sup>9</sup>, Paris, 2016, 959.

<sup>(30)</sup> Ovvero, alle misure conservative di cui all'articolo 2.1, lett. a, *PAR Rules*; quelle definite alle lett. c e d, invece, richiederebbero un'analisi caso per caso. Basti pensare che la misura ordinata nel caso *Congo*, per quanto mirante a conservare lo stato di fatto, era pure potenzialmente anticipatoria di una potenziale pronuncia di merito che condannasse la società ad eseguire il contratto.

<sup>(31)</sup> Articolo 2.1, lett. b; del resto, si è già notato che « sarebbe segnale di scarsa onestà intellettuale, o di ingenuità non scusabile, pensare che il pagamento che soddisfa un credito alimentare, sebbene fondato su un provvedimento cautelare, non implichi la soddisfazione del

un'anticipazione del giudizio di merito (potenzialmente coincidente con lo stesso, allo stesso modo della « *provision à 100%* »)<sup>(32)</sup> e virtualmente definitiva, vista la naturale attitudine del provvedimento a restare in piedi *sine die*; il che potrebbe costituire argomento (certo, da solo non definitivo, ma) addizionale per il riconoscimento di un valore — almeno — esecutivo all'ordinanza.

Al contrario, è stata più di recente proposta una ricostruzione che argomenta la natura arbitrale dell'*emergency arbitrator* — e non del *referee* — valorizzando un dato esattamente opposto, ovvero la strumentalità forte del provvedimento emesso dall'arbitro d'urgenza: solo quest'ultimo, infatti, pur essendo il risultato ultimo di un accordo di natura contrattuale, deriverebbe la propria natura giurisdizionale dalla decisione finale (arbitrale) a cui è necessariamente collegato<sup>(33)</sup>. L'affermazione, tuttavia, non convince: innanzitutto, il criterio non sembra risolutivo tutte le volte in cui l'efficacia della misura disposta dal *referee* sia da questo subordinata all'avvio del giudizio di merito (di talché la natura della decisione resterebbe alle parti ignota sino alla sua emanazione, oltretutto interamente rimessa alla discrezionalità del terzo) o le parti, pur dinanzi ad un provvedimento *self-standing*, decidano comunque di procedere dinanzi al collegio arbitrale o al giudice statale (con il paradosso che il soccombente che agisse in accertamento negativo renderebbe, perciò solo, « arbitrale » il provvedimento).

Inoltre, se l'intento dell'Autore è, come sembra, quello di predicare la natura giurisdizionale del risultato di un accordo negoziale, ricorrere ad una ricostruzione artificiosa come quella riportata non appare necessario, potendosi invece ricorrere alla nozione di « *contrat de procédure* », quale è ritenuta essere la stessa clausola compromissoria<sup>(34)</sup>. Ed, infatti, si è

---

diritto di credito, ma serva meramente a cautelarlo»; cfr. VERDE G., *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 92.

<sup>(32)</sup> In Francia, la possibilità che la *provision* concessa dal giudice di *référé* abbia un ammontare pari all'intera domanda è stata ammessa dalla giurisprudenza a partire da Cass., Ch. comm., 20 janvier 1981, in *Gaz. Pal.*, 1981, 1, 332 ss.; per un approfondimento dell'evoluzione sul punto, si rinvia a JOMMI A., *Il référé provision*, cit., 57 ss.

<sup>(33)</sup> BERTROU G.-PIGUET H., *Arbitrage d'urgence CCI vs procédure judiciaire de référé: approche comparative*, in *Cahiers de l'arbitrage*, 2017, 4, 860 ss. Gli autori, in realtà, adducono anche le solite ragioni relative al *nomen juris* e sull'inclusione del (solo) EA nel Regolamento di arbitrato.

<sup>(34)</sup> ROBERT J.-MOREAU B., *L'arbitrage*, Dalloz, 1983, 66; LOUIN E., *L'application dans le temps du nouvel article 2061 du code civil*, in *RTD Com.*, 2006, 302; CLAY T., *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, in *Recueil Dalloz*, 2006, 3026.

Anche nell'ordinamento italiano potrebbe ipotizzarsi di ricorrere al concetto di contratto di procedura per ricondurre nell'alveo dell'articolo 816-bis, comma 1, c.p.c. — a mente del quale « [I]e parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato » — l'eventuale previsione di un meccanismo simile a quello del *referee*. Ciò, peraltro, allo stato, si rivelerebbe verosimilmente inutile: le parti ben potrebbero, in tal modo, qualificare il terzo quale "arbitro", ma residuerebbe il problema

sottolineato che « *pour être conventionnel par sa source et n'être pas judiciaire dans sa nature, l'arbitrage n'en demeure pas moins juridictionnel par son objet dès lors que l'arbitre est un juge et sa sentence un jugement* » <sup>(35)</sup>.

Alla luce di tale ultima definizione, residua, dunque, quale unico ostacolo, quello — già segnalato — della qualificazione della pronuncia, da ritenersi ordinanza alla luce della legislazione e della giurisprudenza esistenti. Eppure, è da tempo che, in Francia, la dottrina invoca la consacrazione della nozione di « *sentence provisoire* » <sup>(36)</sup>, richiamando, in tal senso, la distinzione tra cosa giudicata *au principal* e *au provisoire* e, più in generale, la considerazione che « *[l']autorité de chose jugée est plus ou moins forte selon son objet, c'est-à-dire selon ce qui a été jugé. Or la chose jugée est délimitée ratione materiae, par son objet, sa cause et les parties; mais aussi ratione temporis, lorsque la décision est provisoire* » <sup>(37)</sup>. Lo dimostrano proprio le ordinanze di *référé*, che — oltre a non poter essere modificate se non in presenza di circostanze nuove — sono esecutive sin da subito, come le sentenze definitive <sup>(38)</sup>; senza contare, poi, la — già menzionata — sostanziale definitività *de facto* spesso caratterizzante tali provvedimenti.

Si è, così, notato che, se la giurisprudenza riconoscesse il carattere di sentenza provvisoria alla pronuncia cautelare dell'arbitro, sganciando finalmente la propria valutazione dalla sussistenza del requisito della definitività, non solo verrebbe meno ogni contraddizione con l'articolo 1476 CPC (oggi articolo 1484), ma si porrebbe un ulteriore passo in avanti « *sur le long chemin qui conduit le juge naturel du commerce international qu'est l'arbitre à devenir un juge comme les autres* » <sup>(39)</sup>.

---

dell'esecuzione del provvedimento da esso reso. Infatti, delle due l'una: o la forma dello stesso, per consentirne la revocabilità, dovrebbe essere fissata nell'ordinanza (che, però, non sarebbe suscettibile di *exequatur*); oppure, la misura dovrebbe essere resa sotto forma di lodo — questo si potenzialmente esecutivo, ma, allora — non revocabile.

<sup>(35)</sup> CADIEU L., *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*, in CARPI F. (a cura di), *Accordi di parte e processo*, Riv. trim. dir. proc. civ., Milano, 2008, suppl., 12. In generale, sull'argomento, oltre all'intero volume curato da Carpi, si veda (con precipuo riferimento agli accordi tra uffici giudiziari e parti) CANELLA M.G., *Gli accordi processuali francesi volti alla « regolamentazione collettiva » del processo civile*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, 2, 549 ss.; ma, già prima, DE STEFANO G., *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, 3 ss.

<sup>(36)</sup> BETTO J.G., *Pour la consécration de la notion de sentence provisoire en droit français de l'arbitrage international*, in *Gazette du Palais*, 2006, 348, 8 ss.; ma si veda anche PLUYETTE G., *Le rôle des tribunaux judiciaires et les problèmes relatifs à l'exécution des mesures conservatoires et provisoires*, in *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, in ICC Publication n. 519, 1993, 74 ss.

<sup>(37)</sup> WIEDERKHER G., *Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée*, Mélanges Normand, Litec, 2003, 518.

<sup>(38)</sup> PERROT R., *Du provisoire au définitif*, Mélanges Draï, Dalloz, 2000, 447 et s.,

<sup>(39)</sup> BETTO J.G., *Pour la consécration de la notion de sentence provisoire en droit français de l'arbitrage international*, cit., 10.

L'affermazione non può non richiamare alla mente la Relazione della Commissione Alpa <sup>(40)</sup>, che, proprio al fine di individuare « una soluzione di transizione e di progressiva equiparazione funzionale della giustizia privata a quella amministrata dallo Stato » <sup>(41)</sup>, ha recentemente proposto di aggiungere all'articolo 832, comma 5, c.p.c., l'inciso « [i] regolamento arbitrale può anche prevedere deroghe al divieto di cui all'art. 818 » e, dunque, la possibilità, per gli arbitri, di emanare misure cautelari. « In tal caso, il provvedimento è richiesto e deliberato a norma del regolamento e il medesimo ricorso non può essere proposto al giudice. Il provvedimento cautelare non è soggetto a impugnazione e si applica l'art. 825 in quanto compatibile » <sup>(42)</sup>, cosicché la misura, una volta ricevuto l'*exequatur*, sarebbe (se non « esecutiva ») attuabile nelle stesse forme di quella promanante dall'autorità giudiziaria ordinaria.

E, per quanto sia dubbio che la Commissione pensasse anche all'ipotesi di una cautela pre-arbitrale, la formulazione della disposizione proposta sembra sufficientemente ampia (e l'idea adeguatamente in linea con gli intenti dei commissari) da consentire una simile previsione nell'ambito dei regolamenti delle istituzioni arbitrali, una volta che si riconosca che il *referee* (o l'*emergency arbitrator*) altro non è che un arbitro.

Infatti, per quanto le ultime considerazioni siano solo *de jure condendo*, la constatazione dell'esistente non toglie che un conto sia dire che il risultato finale del procedimento non coincide con la nozione di lodo rilevante per l'applicazione della normativa di riferimento, cosicché lo stesso non troverà il sostegno dell'autorità giudiziaria (che, dunque, non ne riconoscerà l'esecutività, o non lo riconoscerà *tout court*); un altro è affermare che, per ciò solo, l'autore della decisione non sia qualificabile come arbitro <sup>(43)</sup>.

4. La natura di arbitro del *referee* è apparsa lampante a quella dottrina che ha evidenziato come il procedimento disegnato dal Regolamento ICC presenti tutte le caratteristiche tradizionalmente ritenute

---

<sup>(40)</sup> La "Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato" ha presentato la Relazione al Ministro della Giustizia il 18 gennaio 2017; i lavori sono oggi pubblicati nel volume AA.VV., *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017.

<sup>(41)</sup> AA.VV., *Un progetto di riforma delle ADR*, cit., 79.

<sup>(42)</sup> *Ibid.*, 49.

<sup>(43)</sup> Così, non può condividersi il ragionamento di CAPUCCI L., *Rules for pre arbitral referee, Rules for expertise e Dispute board rules della International Chamber of commerce e loro impiego negli appalti internazionali*, in VACCA C. (a cura di), *L'arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali*, Milano, 2007, 210, che avalla le conclusioni della Corte traendone la conferma dal « Foreword delle ICC Dispute Board Rules, dove si può leggere che "Arbitration is the only one which results in an award by a tribunal that is enforceable at law", con riferimento alle procedure contenute nei vari regolamenti ICC ».

essenziali perché di arbitrato possa parlarsi: l'esistenza di una controversia e l'attribuzione ad un terzo indipendente e imparziale — scelto (anche indirettamente) dalle parti — del potere di decidere della stessa, secondo un procedimento che rispetti le garanzie fondamentali del giusto processo <sup>(44)</sup>.

La Corte d'appello di Parigi, invece — contraddicendo la propria precedente giurisprudenza, che aveva sempre escluso tale possibilità <sup>(45)</sup> —, è sembrata « *consacre[r] [...] l'existence d'un « arbitrage dit contractuel », concurrent de l'arbitrage juridictionnel, dont la fonction n'est pas de compléter un contrat pour le former, [...] mais de “résoudre un litige”, d'une manière non juridictionnelle, par un contrat* » <sup>(46)</sup>, sulla base di una pretesa natura contrattuale dell'istituto, che discenderebbe dalla volontà delle parti.

In sostanza, la pronuncia sembra richiamare il nostro arbitrato irrituale, che, effettivamente, esita una decisione non suscettibile di *exequatur*. Tuttavia, se si concorda con l'idea che, ormai, la (se non unica) principale differenza che passa tra arbitrato rituale e irrituale sta nel valore (non intrinseco, ma) riconosciuto al lodo <sup>(47)</sup>, inferire la natura di arbitro irrituale del *referee* dalla negazione dell'*enforceability* della sua decisione si risolverebbe in una petizione di principio. Infatti, se è vero che il lodo ha natura contrattuale solo in quanto le parti così hanno chiaramente voluto ed espresso al momento della convenzione di arbitrato, ricavare, dal rifiuto dell'autorità giudiziaria ordinaria di prestare assistenza all'esecuzione dell'*order* (che potrebbe ben giustificarsi, nell'ottica dell'ordinamento di volta in volta preso in considerazione, per la forma del provvedimento e/o per la natura di misura cautelare), la volontà delle parti di conseguire una decisione di natura solo contrattuale significherebbe porre come premessa del ragionamento la stessa tesi che si vuole dimostrare.

---

<sup>(44)</sup> CLAY T., *La première application du référé pré-arbitral de la CCI*, che richiama al riguardo i risultati dell'opera di JARROSSON C., *La notion d'arbitrage*, Paris, 1987.

<sup>(45)</sup> App. Paris, 28 mars 1991 e App. Paris, 3 mars 1992, entrambe in *Rev. arb.*, 1993, 107 ss.; App. Paris, 24 mars 1992, in *Rev. arb.*, 199, 278 ss.

<sup>(46)</sup> LOQUIN E., *De la nature juridique du référé pré-arbitral de la CCI*, cit., 484 ss.

<sup>(47)</sup> In questo senso, BERNARDINI P., *Ancora una riforma dell'arbitrato in italia*, in *Dir. comm. internaz.*, 2006, 2, 232; meno esplicitamente (ma la conclusione è desumibile dall'ampiezza dei paralleli individuati dall'Autore tra le due “modalità” di arbitrato) SASSANI B., *L'arbitrato a modalità irrituale*, in questa *Rivista*, 2007, 1, 25 ss. VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015, 43 ss., pur consapevole della circostanza che, a seguito della riforma, « si sarebbe tentati di dire che il legislatore, disciplinando compiutamente l'arbitrato irrituale, ne ha dichiarato l'estinzione », ripensa le categorie note e ridiscute gli assunti comunemente accettati onde darle un senso; il che, peraltro, non gli impedisce di criticare la terminologia utilizzata dal legislatore, posto che « il lodo è tutto fuorché un accordo » (p. 42). Nega, invece, che i due tipi di arbitrato, che « pongono capo a due atti per i quali [...] vigono discipline giuridiche diverse », possano poi essere assoggettati, quanto « [al]le attività che li precedono » a regole « giuridicamente sovrapponibili » BOVE M., *Sub art. 808-ter*, in MENCHINI S. (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010.

Ciò premesso, prima di giungere ad una lettura che consenta di affermare la natura di arbitro (rituale, il che equivale a dire, nella giurisprudenza e dottrina straniera, arbitro *tout court*), pare opportuno confutare le numerose argomentazioni sollevate in contrario.

Al rilievo secondo il quale il *référé pré-arbitral* sarebbe « *a means of dispute resolution, alternative to [and therefore different from] arbitration or court litigation* »<sup>(48)</sup>, può agevolmente ribattersi che di alternativa può parlarsi solo fintantoché vi sia la possibilità di scegliere tra più opzioni. E, se non v'è dubbio che le parti, nell'obbligarsi a devolvere al *referee* le eventuali richieste di misure cautelari *ante causam*, rinunciano (*rectius*: si aprono la possibilità di rinunciare<sup>(49)</sup>) con ciò alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria — che preesiste all'investitura di quest'ultima del merito della causa —, lo stesso non può dirsi con riferimento a quella del tribunale arbitrale, non essendo quest'ultimo ancora costituito.

Del pari sembra da respingere l'idea che le previsioni di cui agli articoli 6.8.1 e 6.8.2 — che consentono all'autorità investita del merito di condannare la parte che non ha ottemperato all'ordinanza o quella che l'ha richiesta ed ottenuta per i danni conseguenti, rispettivamente, all'inadempimento o all'esecuzione<sup>(50)</sup> — siano indicative della natura contrattuale del responso del terzo<sup>(51)</sup>; e ciò non solo perché, come è già stato osservato<sup>(52)</sup>, la previsione non esclude (ma, anzi, ben potrebbe aggiungersi a) « eventuali più diretti rimedi sul piano giurisdizionale », ma soprattutto in quanto la stessa ordinanza del *juge des référés* — della cui

---

(48) LÉCUYER-THIEFFRY C., *First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Procedure*, in *Journal of International Arbitration*, 2003, 20(6), 604; in termini, JAROSSON C., *Les frontières de l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2001, 1, 34, per il quale « *[i]n numerous cases, the parties themselves seem to have excluded the characterization of arbitration, merely because they have provided for a procedure before a third party prior to the stipulation of an arbitration clause in the event the dispute would remain. The existence of real arbitral proceedings prevents another arbitration to take place upfront. The following rule could be laid down: arbitration on arbitration does not work. This is the case of the ICC Rules for Pre-arbitral Referee* ».

(49) L'introduzione del Regolamento precisa che « *[u]se of the Pre-Arbitral Referee Procedure does not usurp the jurisdiction of any entity (whether arbitral tribunal or national court) that is ultimately responsible for deciding the merits of any underlying dispute* », ma, nel caso Congo, la clausola di *référé pré-arbitral* era stata emendata nel senso di attribuire competenza cautelare esclusiva del *referee*.

(50) E, del resto, anche l'articolo 29(4) *ICC Arbitration Rules*, nel prevedere che il collegio arbitrale (necessariamente) investito del giudizio di merito « *shall decide upon any party's requests or claims related to the emergency arbitrator proceedings, including the reallocation of the costs of such proceedings and any claims arising out of or in connection with the compliance or non-compliance with the order* », pare legittimare richieste risarcitorie, in un senso come nell'altro.

(51) ARNALDEZ J.J.-SCHÄFER E., *Le Règlement de référé pré-arbitral de la Chambre de Commerce Internationale (en vigueur depuis 1er janvier 1990)*, in *Rev. arb.*, 1990, 845-846.

(52) Da CARLEVARIS A., *op. cit.*, 276-277.

natura giurisdizione non può dubitarsi <sup>(53)</sup> — « *est exécutée aux risques du créancier; avec cette conséquence que, si elle devait être infirmée, il serait tenu de restituer à son adversaire les sommes qu'il a reçues de lui, avec éventuellement des dommages et intérêts* » <sup>(54)</sup>.

Allo stesso modo, non pare significativo il rilievo che al *referee* sia vietato di agire come arbitro nell'eventuale e successivo procedimento di merito <sup>(55)</sup>: in disparte la circostanza che lo stesso divieto vale pure per l'*emergency arbitrator* <sup>(56)</sup>, in Francia, pur in assenza di espressa previsione normativa, la giurisprudenza — in materia di *référé* nelle controversie civili — ha da tempo chiarito che, posto che « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial* » e che « *cette exigence doit s'apprécier objectivement* », « *lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation* » <sup>(57)</sup>. Così, lo stesso legislatore francese, al momento di introdurre l'istituto del *référé* in materia amministrativa, si era interrogato sulla possibilità che lo stesso giudice-persona fisica, già investito della pronuncia cautelare, potesse poi far parte del collegio chiamato a pronunciarsi sul merito <sup>(58)</sup>, il che ben si comprende se solo si pensa alla giurisprudenza (nazionale e sovranazionale) dell'epoca <sup>(59)</sup>. Se la Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, non mostrava un indirizzo coerente — avendo, da un lato, escluso la possibilità del cumulo di funzioni, anche qualora il giudice della cautela e quello del merito giudicassero sulla base degli stessi elementi probatori <sup>(60)</sup> e, dall'altro, ritenuto insussistente il rischio di pregiudizio in caso di *référé* <sup>(61)</sup> sul presupposto che il giudice non « decide » la controversia —, il Consi-

---

<sup>(53)</sup> BANDRAC M., *De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas*, in AA.Vv., *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, 171 ss.

<sup>(54)</sup> PERROT R., *Du provisoire au définitif*, in AA.Vv., *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, cit., 447 ss.; principio, questo, consacrato dall'*Assemblée Plénière* (cfr. *Cass., Ass. Plén.*, 24 février 2006, n° 05-12.679, in *Recueil Dalloz*, 2006, 1085, con nota di PERROT; in *RTD civ.*, 2006, 368, con nota di THÉRY, e 376, con nota di PERROT) e ribadito, da ultimo, da *Cass. Civ. 3<sup>e</sup>*, 14 janvier 2016, n° 14-19.092, in *Recueil Dalloz*, 2016, 1613, con nota di DUMONT-LEFRAND.

<sup>(55)</sup> LÉCUYER-THIEFFRY C., *First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Procedure*, in *Journal of International Arbitration*, cit., 605.

<sup>(56)</sup> Articolo 2(6) *EA Rules*.

<sup>(57)</sup> *Cass., Ass. plén.*, 6 novembre 1998, *Bord Na Mona*, n. 94-17709, in *Bull.*, 1998, 4.

<sup>(58)</sup> *Assemblée nationale*, Rapport n° 2002, 8 déc. 1999, 29.

<sup>(59)</sup> Per un approfondimento, si veda CASSIA P., *Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité (à propos de CE Sect., avis, 12 mai 2004, Commune de Rogerville, et CE Sect. 12 mai 2004, Hakkar)*, in *Recueil Dalloz*, 2005, 1182 ss.

<sup>(60)</sup> CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, n. 10486/839.

<sup>(61)</sup> CEDH 13 janvier 2000, *APIS c/ Slovaquie*, n. 39754/98; CEDH 6 juillet 2000, *Moura Carreira c/ Portugal*, n. 41237/98; CEDH 28 juin 2001, *Maillard Bous c/ Portugal*, n. 41288/98; CEDH 9 juillet 2002, *Richart-Luna c/ France*, n° 48566/99.



glio di Stato, interpretando l'articolo 6 § 1 CEDU in maniera persino più ampia della Corte di Strasburgo, l'aveva ritenuto applicabile anche ai procedimenti d'urgenza <sup>(62)</sup>.

Inoltre, pur tralasciando ogni parallelo con l'istituto che ha ispirato il procedimento di *référé pré-arbitral*, qualora al *referee* fosse possibile far parte del collegio arbitrale investito del merito si porrebbe il problema del suo ruolo nell'ambito dello stesso: salvi i casi di accordo delle parti sul soggetto da nominare <sup>(63)</sup>, questi è nominato dal Presidente della ICC <sup>(64)</sup>. Di conseguenza, ogniqualvolta le parti non abbiano optato per rimettere la scelta di tutti i membri del collegio all'istituzione arbitrale, il *referee* dovrebbe assumere il ruolo di *chair* <sup>(65)</sup>; e non è difficile immaginare come la parte che, già soccombente *ante causam*, dovesse risultare tale anche all'esito del procedimento principale, avrebbe facile gioco nell'impugnare il lodo finale per *bias* <sup>(66)</sup>.

Né maggiori argomenti sembrano potersi desumere dall'introduzione della figura dell'arbitro d'urgenza: gli stessi autori che ne sottolineano la (pretesa) differenza funzionale rispetto al *referee* finiscono invariabilmente per cadere in contraddizioni tali da lasciar dubitare della correttezza dell'assunto iniziale <sup>(67)</sup>.

Così, anche coloro che ritengono che « *the Emergency Arbitrator has all the attributes of an arbitrator and for all purposes should be treated as such* » e, di conseguenza, « *although his mandate is similar, albeit narrower than that of a dispute board adjudicator or of a pre-arbitral referee, he is neither an adjudicator nor a referee, but an arbitrator with a very specific and limited mandate* » <sup>(68)</sup>, nel discutere degli effetti dell'*Order* emanato ai sensi dell'articolo 29(2) delle ICC Rules <sup>(69)</sup>, dapprima affermano che sarebbe « *incorrect [...] to qualify [it] as a decision purely contractual in nature rather than a judicial decision* », ma poi aggiungono che « *this is the position the Paris Court of Appel took in 2003 in the well-known Congo*

---

<sup>(62)</sup> CE Sect. 28 février 2001, *Casnovas*, n. 229163, in *AJDA*, 2001, 971.

<sup>(63)</sup> Articolo 4.1 *PAR Rules*.

<sup>(64)</sup> Articolo 4.2 *PAR Rules*. La nomina dell'*emergency arbitrator* è, invece, invariabilmente rimessa al Presidente: cfr. articolo 2(1) *EA Rules*.

<sup>(65)</sup> Appare, infatti, impensabile che egli possa essere considerato l'arbitro di parte del vincitore durante la fase sommaria.

<sup>(66)</sup> Del resto, la circostanza che « *[t]he Arbitrator had a prior involvement in the dispute* » è censita nella — sebbene *waivable* — *Red List* delle *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration* (articolo 2.1.2).

<sup>(67)</sup> La dottrina internazionale, ad ogni modo, appare divisa sul punto: tra chi — sebbene in modo non molto convincente — nega la natura arbitrale dell'arbitro d'urgenza, si veda VOSER N., *Overview of the most important changes in the revised ICC Arbitration Rules*, in *ASA Bulletin*, 2011, 29(4), 817, per il quale « *[t]he main purpose of this denomination is to distinguish the decision of the emergency arbitrator from an award issued by an arbitral tribunal* ».

<sup>(68)</sup> WEBSTER T.H.-BUHLER M., *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, cit., 448.

<sup>(69)</sup> *Op. ult. cit.*, 465 ss.



case, where the legal qualification of an order issued by an ICC Pre-Arbitral Referee was at stake ». E, a sostegno della natura di arbitro dell'*Emergency Arbitrator*, avanzano argomentazioni non dissimili da quelle adottate dai sostenitori della natura arbitrale del *referee*.

Ancora, quanti sostengono che « *le tiers statuant en référé n'[est] ni ontologiquement ni nommé un arbitre* », mostrano di considerare equivalente la funzione delle due figure, laddove rinvencono un « *implied opt-out* » al meccanismo dell'*emergency arbitrator* nell'eventuale scelta delle parti in favore dell'applicazione del Regolamento sul *referee* e discutono dei motivi per i quali le parti dovrebbero preferire l'una opzione piuttosto che l'altra <sup>(70)</sup>.

Quanto a chi prova a fornire una definizione di *emergency arbitrator* quale « *a third subject, appointed by an arbitral institution upon the application of a party prior to the formation of the arbitral tribunal, who is entrusted with the power to issue interim measures as a matter of urgency* », sottolineando come da ciò derivi ovviamente la qualificazione di arbitro per differenza rispetto ad « *other similar pre-arbitral mechanisms [such as] the ICC Pre-Arbitral Referee* », sarebbe da comprendere per quale motivo la stessa descrizione — tolta la necessità dell'urgenza, che, del resto, non è certo precondizione essenziale alla nomina di « un arbitro » — non si attagli (anche) al *referee*.

Molto più corretto appare, allora, l'approccio di chi, nel discutere dell'esecutività delle decisioni dell'*emergency arbitrator*, parla del precedente parigino come del primo caso in cui il problema è stato affrontato dalla giurisprudenza <sup>(71)</sup>.

5. Ridotte ad unità le due figure, la riconducibilità delle stesse a quella dell'arbitro passa per l'individuazione dei criteri che consentano di distinguere l'arbitrato da figure affini. Il problema ha interessato in particolar modo la dottrina italiana, soprattutto a seguito della (iper)procedimentalizzazione dell'arbitrato — rituale e irrituale —, che ha determinato il moltiplicarsi di “modelli alternativi” il cui rapporto con la figura in discorso è stato necessario definire.

---

<sup>(70)</sup> BERTRON G.-PIGUET H., *Arbitrage d'urgence CCI vs procédure judiciaire de référé: approche comparative*, in *Cahiers de l'arbitrage*, 2017, 4, 860 ss

<sup>(71)</sup> SANTENS A.-KUDRNA J., *The State of Play of Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions*, in *Journal of International Arbitration*, 2017, 1, 2; gli autori notano, peraltro, che « [t]he Paris Court of Appeal may well find that its rationale in the Congo case does not apply to the modern 'emergency arbitrator', in view of the emphasis in the case on the fact that the pre-arbitral referee was not called an arbitrator and the process was not called an arbitration in the ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure » (p. 9). L'affermazione non pare doversi sovrastimare: altro è dire che, essendosi la Corte basata sul *nomen juris*, il suo atteggiamento rispetto ad un terzo il cui appellativo comprenda la parola “arbitro” potrebbe essere diverso; altro sarebbe affermare (e gli autori non lo fanno) che dal diverso nome discenda una differente natura.

Le conclusioni che appaiono, sul punto, da condividere sono quelle che riconoscono trattarsi di arbitrato in presenza di tre condizioni:

a) che la decisione del terzo incaricato abbia carattere eteronomo (e, dunque, si imponga alle parti);

b) che essa sia emessa all'esito di un procedimento (e non risulti, invece, da un mero atto);

c) che la stessa attività che le parti demandano al terzo sia astrattamente surrogabile dall'autorità giudiziaria, con la precisazione che tale condizione non richiede identità dell'*oggetto* <sup>(72)</sup> del giudizio, ma che esista, secondo la valutazione dell'ordinamento, una posizione soggettiva giuridicamente tutelabile; cosicché l'arbitro non potrebbe « svolgere un'attività che si presentasse come un *aliud* rispetto all'attività del giudice » <sup>(73)</sup>.

Con riguardo ai primi due requisiti, si è rilevato che persino l'arbitrato irrituale — come, del resto, quello rituale —, dopo la riforma del 2006, è caratterizzato « obiettivamente [da] una sequenza procedimentale composta, i cui molteplici elementi è arduo ricondurre alla dimensione pancontrattuale in cui si vorrebbe imprigionare l'istituto »; tale sequenza, inoltre, « si conclude con un atto finale la cui autonomia non può essere ridotta al puro esito della volontà delle parti » <sup>(74)</sup>. E, se la scansione delineata dall'articolo 5 di entrambi i Regolamenti non lascia spazio a dubbi circa l'esistenza di una serie concatenata di atti preordinati all'emanazione della decisione finale <sup>(75)</sup>, che il carattere non eteronomo vada escluso anche con riferimento alla decisione del *referee*, non pare contradd-

---

<sup>(72)</sup> Infatti, caduto, con la riforma del 2006, il limite implicitamente derivante dal vecchio testo dell'articolo 806 c.p.c. — che, escludendo l'arbitrabilità delle controversie che « non possono formare oggetto di transazione », la ammetteva, viceversa, solo qualora fossero in questione « diritti » (articolo 1966, comma 1, c.c.) — l'attuale formulazione dello stesso (per cui sono in arbitrabili le « controversie [...] che non abbiano per oggetto diritti indisponibili ») lascia intendere che si sia verificato un « ampliamento del numero di controversie assoggettabili a giudizio di privati », tale da ricomprendere anche quelle « non involgenti diritti né interessi legittimi, ma fatti meri »: cfr. AULETTA F., *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente « diritto processuale privato »*, in AULETTA F.-CALIFANO G.P.-DELLA PIETRA G.-RASCIO N. (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 41.

Ed anzi, già prima della riforma, vi era chi escludeva che « l'arbitrato [d]ovesse] necessariamente avere lo stesso oggetto del processo statale », ritenendo, anzi, che, se è vero che « la minima unità azionabile nel processo statale è data da una situazione giuridica soggettiva », non vi è ragione a che « lo Stato [impedisca] ai privati di celebrare processi privati solo su questioni »: cfr. BOVE M., *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, 177-178.

Senza contare che, in realtà, può dubitarsi — finanche con riferimento al processo statale — dell'esistenza di una sorta di divieto di frazionabilità, tale per cui « il privato », se « ha il potere di disporre, anche riguardo alla tutela giurisdizionale, del diritto soggettivo », « non ha alcuna facoltà in ordine alla nozione e alla estensione della *res* da dedurre in giudizio »; cfr. VERDE G., *Sulla « minima unità strutturale » azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 575-576.

<sup>(73)</sup> BOVE M., *La perizia arbitrale*, cit., 177.

<sup>(74)</sup> SASSANI B., *L'arbitrato a modalità irrituale*, in questa *Rivista*, 2007, 1, 28-29.

<sup>(75)</sup> Senza contare che tanto il *referee*, quanto l'*emergency arbitrator* hanno il potere di decidere della propria competenza: cfr. articoli 5.2 *PAR Rules* e 6(2) *EA Rules*.

detto — a differenza di quanto ha ritenuto la Corte parigina — dal disposto dell'articolo 6.6. *PAR Rules*, secondo il quale « [t]he parties agree to carry out the Referee's Order without delay »; né la differente formulazione dell'articolo 29(2) *ICC Arbitration Rules* (« The parties undertake to comply with any order made by the emergency arbitrator ») sembra poter indurre a diverse conclusioni. Del resto, l'articolo 2.1 *PAR Rules*, nell'elencare le misure adottabili dal *referee*, fa precedere ciascuna voce dal verbo « to order »; ciò che davvero non pare conciliabile con una supposta accettazione preventiva del contenuto del provvedimento.

Inoltre, posto che anche il lodo contrattuale italiano è soggetto « ad una autonoma azione di impugnativa i cui motivi appaiono tagliati sulla falsariga dell'impugnazione per nullità del lodo [rituale] »<sup>(76)</sup>, l'articolo 6.6 *PAR Rules*, nel prevedere l'impegno delle parti a « [to] waive their right to all means of appeal or recourse or opposition to a request to a court or to any other authority to implement the Order, insofar as such waiver can validly be made »<sup>(77)</sup> non solo non esclude la natura processuale dell'ordinanza, ma riconosce, *a contrario*, la virtuale possibilità di meccanismi di impugnazione. Del resto, la possibilità di impugnazione — in senso lato — di un *interim award* va di pari passo con il riconoscimento dell'*enforceability* dello stesso; di conseguenza, il Regolamento (in quanto astattuale) pare aver correttamente tenuto conto, anche *pro futuro*, della disciplina di quegli ordinamenti che, ammettendo l'esecutività della misura provvisoria disposta da arbitri, necessariamente contemplano meccanismi — comunque denominati — di opposizione.

Sempre la categoria *sub b)*, stavolta unitamente a quella *sub c)*, vengono richiamate per smentire la natura di arbitro del soggetto chiamato alla « Risoluzione di contrasti sulla gestione di società », seppur previsto da una norma<sup>(78)</sup> inserita in un “Titolo V - Dell'arbitrato”; il terzo, infatti, è qui chiamato « alla creazione di un *atto* senz'altro, al quale rimane insensibile l'attività precedente del suo autore »<sup>(79)</sup>, « come prova il regime di impugnazione che è mutuato dall'arbitraggio per “mero arbitrio”, cioè di un fenomeno [...] di formazione istantanea, insensibile al contesto della sua genesi » e « soggettivamente insurrogabile nella sua

---

<sup>(76)</sup> SASSANI B., *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 29.

<sup>(77)</sup> Nulla è detto quanto a possibili mezzi di impugnazione dell'ordinanza dell'EA, che paiono quindi esclusi, verosimilmente in quanto la stessa è concepita come provvedimento (tendenzialmente) interinale; in particolare, secondo l'articolo 6(6)(c)(d) *EA Rules*, « [t]he Order shall cease to be binding on the parties upon: [...] the arbitral tribunal's final award, unless the arbitral tribunal expressly decides otherwise; or [...] the withdrawal of all claims or the termination of the arbitration before the rendering of a final award ».

<sup>(78)</sup> L'articolo 37 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

<sup>(79)</sup> AULETTA F., *La risoluzione dei contrasti sulla gestione di s.r.l. (ovvero l'amministrazione de consilio)*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 3, 383.

manifestazione »<sup>(80)</sup>. E, se della natura di procedimento degli istituti in commento si è già discusso, merita, invece, sottolineare l'evidente surrogabilità (nel senso sopra precisato) dell'attività del terzo — *referee* o *emergency arbitrator* — da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria. Anzi, l'ordine del ragionamento andrebbe invertito, posto che scopo dei due procedimenti in commento è proprio quello di supplire, per via di giustizia privata, all'attività che, altrimenti, sarebbe *naturalmente* demandabile (solo) al giudice statale, non essendo quello privato ancora venuto ad esistenza.

Tra le condizioni necessarie affinché possa parlarsi di arbitrato non rientra, invece, l'equiparabilità (degli effetti) del lodo a (quelli de)lla sentenza: se è vero che « il *quid proprium* dell'arbitrato » è che al terzo sia richiesto di « giudicare e decidere la controversia »<sup>(81)</sup>, deve riconoscersi che « non v'è mai stata *diversità*, ma *identità* di funzione tra arbitri rituali e arbitri liberi »<sup>(82)</sup>: e, allora, se, in entrambi i « modelli » in cui si declina l'unico *genus* dell'arbitrato<sup>(83)</sup>, le parti mirano a « far decidere da arbitri le cause », « con un giudizio compiuto [...] all'esito di un vero e proprio processo privato », « la *differentia* specifica » sta solo — oggi come sotto il codice del 1940 — nell'opzione, che l'ordinamento consente ai contraenti di esercitare, rispetto all'efficacia (di sentenza o di contratto) del lodo<sup>(84)</sup>.

Così, una volta escluso che dalle *Pre-Arbitral Referee Rules* possa desumersi alcunché circa una scelta in questo secondo senso<sup>(85)</sup>, e ricordato che il riconoscimento (e, di conseguenza, l'assistenza giurisdizionale all'*enforcement*) di una misura cautelare emessa da arbitri dipende dalla disciplina dei singoli Stati, anche della decisione del *referee* pare potersi dire — e nonostante il diverso regime di stabilità — che, come il lodo, « costituisce un atto processuale, il quale segna il compimento di una sequenza che origina in ultimo da un atto sostanziale con effetti anche processuali »<sup>(86)</sup> e che al terzo, dell'arbitro, manchi solo il nome<sup>(87)</sup>.

---

<sup>(80)</sup> *Ibid.*, p. 384. E qui, come già evidenziato, l'indifferenza dell'ordinamento rispetto alla risoluzione di un semplice contrasto di gestione tra amministratori implica che l'attività — nel caso di specie demandabile al terzo — non sarebbe altrimenti pretendibile dal giudice statale.

<sup>(81)</sup> PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, I, Padova, 2012, 217.

<sup>(82)</sup> *Ibid.*, p. 238, enfasi dell'Autore. In tal senso — e ben prima che la riforma del 2006 rafforzasse l'assunto (*ibid.*, pp. 255 ss.) — si veda, *ex multis*, FAZZALARI E., *L'arbitrato*, Torino, 1997, *passim*.

<sup>(83)</sup> PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, cit., 217.

<sup>(84)</sup> *Ibid.*, pp. 242 ss.

<sup>(85)</sup> Nel qual caso — e a voler ammettere che la distinzione abbia ancora un senso —, resta che « [i]n *dubio pro...* arbitrato rituale », come già titolava FAZZALARI E., in nota a Cass., 20 marzo 1990, n. 2315, in questa *Rivista*, 1991, 517 ss., e come ormai testualmente discende dall'articolo 808-ter c.p.c.

<sup>(86)</sup> AULETTA F., *La nullità del lodo: quale nullità?*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, 1, 74.

<sup>(87)</sup> Anzi, ci si potrebbe finanche spingere a ritenere che il *referee* sia più arbitro di chi — l'*emergency arbitrator* — di quel nome è rivestito, se è vero che solo il provvedimento del primo (quando *self-standing*, totalmente satisfattivo della pretesa dell'attore e non seguito

Ma non è forse vero che « *that which we call a rose by another name would smell as sweet* » <sup>(88)</sup>?

*While the ICC Emergency Arbitrator is more and more spreading, this paper aims to rediscover the Référé Pré-arbitral, already introduced by the same Institution, but whose success has been hindered by a primordial misunderstanding. Indeed, the wrong belief of the existence of a necessary one-to-one relationship between « arbitration » and « award » lead the Paris Court of Appeal to deny the very arbitral nature of the referee, thus condemning an otherwise powerful mechanism.*

---

dall'instaurazione del giudizio di merito) potrebbe chiudere definitivamente la lite tra le parti, anticipando l'intera attività che avrebbe dovuto compiere il giudice competente per il *fond*. In tal modo, anche grazie al raffronto con l'esperienza brasiliana, sarebbe possibile argomentare che quella apprestata dal *referee* non sia neppure una vera tutela cautelare, bensì una tutela soddisfattiva conseguita mediante tecnica anticipatoria (e, allora, negargli la natura arbitrale risulterebbe pressoché impossibile). Sulla distinzione tra tutela cautelare e tecnica anticipatoria si rinvia a MITIDIERO D., *Anticipazione della tutela. Dalla tutela cautelare alla tecnica anticipatoria*, cit., *passim*.

<sup>(88)</sup> SHAKESPEARE, *Romeo and Juliet*, Act II, Scene II.