



La riforma brasiliana dell'arbitrato

The arbitration reform in Brazilian law

Giovanni Bonato

Professor at the Federal University of Maranhão, Brazil. Doctor (University of Rome – “La Sapienza”). Professor at the University of Paris Ouest, France.

Riassunto

L'autore analizza la riforma brasiliana dell'arbitrato, approvata con la Legge n. 13.129/2015 del 26 maggio 2015 ed entrata in vigore il 27 luglio 2015. La riforma del 2015 non comporta un radicale cambiamento della struttura della Legge brasiliana dell'arbitrato del 1996, consagrando alcune soluzioni elaborate dalla giurisprudenza. L'articolo tratta, in particolare, della disposizione che ammette l'arbitrabilità delle controversie con la pubblica amministrazione, diretta e indiretta. Successivamente, l'autore si sofferma sui seguenti aspetti: la creazione della carta arbitrale; i poteri cautelari degli arbitri; la disposizione sulla lista degli arbitri; la possibilità di emanare lodi parziali.

Parole-chiavi: Arbitrato – Brasile – Riforma – Convenzione di arbitrato – Nomina arbitri – Lodo arbitrale.

Abstract

The Author examines the new Brazilian law on arbitration, which is set out in a Law n. 13,129/2015 dated May 26th, 2015 and came into force on 27 July 2015. The reform of 2015 does not bring any radical change to the main orientations of the Brazilian Arbitration Act of 1996, in particular by incorporating a number of solutions inspired by case law. The article discusses about the inclusion of an express provision authorizing the direct and indirect Public Administration to have recourse to arbitration to resolve

disputes related to disposable patrimonial rights. In turn, the article examines: the creation of the arbitral letter; the inclusion of a specific provision dealing with the provisional remedies; the possibility for the parties to appoint as arbitrator someone who is not part of the list of arbitrators; the inclusion of an express provision authorizing the arbitrators to issue partial arbitral awards.

Keywords: Arbitration – Brazil – Reform – Arbitration Agreement – Appointment of Arbitrators – Arbitral Award.

Sommario: 1. Introduzione. 2. L'evoluzione normativa del diritto brasiliano dell'arbitrato. 3. Struttura e caratteristiche essenziali del diritto brasiliano dell'arbitrato. 4. Le disposizioni sui rapporti tra arbitrato e pubblica amministrazione. 5. Il veto presidenziale sulle clausole compromissorie stipulate in contratti per adesione, in contratti per adesione in rapporti di consumo e in contratti individuali di lavoro. 6. La convenzione di arbitrato contenuta nello statuto di una società per azioni. 7. Le innovazioni rispetto alla nomina degli arbitri. 8. Le modifiche relative al procedimento arbitrale. 9. Le nuove disposizioni su arbitrato e tutela cautelare. 10. La carta arbitrale e il sistema della cooperazione tra giudici statali e arbitri. 11. Le novità relative al lodo arbitrale. 12. Le novità in materia di impugnazione del lodo. 13. Le disposizioni del c.p.c. del 2015 in materia di arbitrato.

1. INTRODUZIONE.

La legge n. 13.129 del 26 maggio 2015 (entrata in vigore il 27 luglio 2015) ha introdotto in Brasile alcune modifiche alla «Legge sull'arbitrato», n. 9.307 del 23 settembre 1996 (in seguito indicata con l'acronimo LA)¹.

1. Ricordiamo che il progetto di riforma della legge n. 9.307 del 1996 risale all'ottobre del 2013 ed è stato elaborato da una commissione di giuristi, presieduta da Luis Felipe Salomão (giudice presso il Superiore Tribunale di Giustizia) e nominata nel 2012 con atto del Presidente del Senato Federale. Il testo di riforma elaborato dalla citata commissione di giuristi è stato successivamente presentato come progetto di legge (n. 406 del 2013) dal Presidente del Senato e, dopo alcune discussioni in seno alla Camera dei Deputati, è stato inviato alla Presidenza della Repubblica che ha promulgato il progetto di legge, ponendo, tuttavia, tre veti presidenziali sui paragrafi 2°, 3° e 4° dell'art. 4 della legge n. 13.129 del 2015.

Sulla riforma brasiliana dell'arbitrato del 2015, si vedano: A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, in questa Rivista, 2016, 33; A. Pellegrini Grinover, *Ensaio sobre a processualidade*, Brasilia, 2016, spec. 63 ss.; Aa. Vv., *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*, a cura di C.C. Vieira Rocha, L.F. Salomão, San Paolo, 2015; Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, Rio de Janeiro, 2016; Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodovalho, A. Freire, San Paolo, 2016; A. Wald, *A reforma da lei da arbitragem (uma primeira visão)*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2014, n. 40, 17 ss.; Id., *A reforma da lei de arbitragem*, in *Revista dos tribunais*, 2015, n. 962, 95 ss.; G.E. Nanni,

Come già sottolineato dalla dottrina italiana, siamo in presenza di una «significativa risistemazione» della materia², la quale non va, tuttavia, a sovvertire l'assetto generale dell'istituto. Restano, infatti, immutate le scelte di fondo della LA del 1996, la cui struttura rimane sostanzialmente inalterata³, venendo solo arricchita di due nuovi capitoli (IV-A e IV-B), di alcuni nuovi articoli (22-A, 22-B, 22-C), nonché di nuovi paragrafi in articoli già esistenti. La riforma del 2015 incide, infatti, solo su alcuni aspetti del diritto brasiliano dell'arbitrato, apportando novità in materia di: partecipazione della pubblica amministrazione ad un giudizio arbitrale; convenzione arbitrale statutaria; lista di arbitri; rapporti tra tutela cautelare e arbitrato; cooperazione tra giustizia statale e giustizia arbitrale; interruzione della prescrizione; questioni pregiudiziali non compromettibili; lodi parziali; impugnazione del lodo. Alcune innovazioni relative alla convenzione di arbitrato sono “morte sul nascere”, in ragione del veto della Presidenza della Repubblica (su vedi *infra* § 5).

Oltre alla richiamata riforma del diritto dell'arbitrato del 2015, anche il nuovo codice di procedura civile (approvato con la Legge n. 13.105 del 16 marzo 2015 ed entrato in vigore il 18 marzo del 2016⁴) contiene alcune disposizioni inerenti,

P. Guilhardi, *Medidas cautelares depois de instituída a arbitragem: reflexões à luz da reforma da lei de arbitragem*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2015, n. 45, 125 ss.; S.M. Ferreira Lemes, *Anotações sobre a nova lei de arbitragem*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2015, n. 47, 37 ss.; M.R. Mannheimer, *Mudanças na lei de arbitragem (Lei 9.307, de 23.09.1996). Observações sobre a Lei 13.129, de 26.05.2015. Visão de um antigo magistrado*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2015, n. 47, 45 ss.; E.A. Cambler, R.F. Krüger Thamay, *Jurisdição e arbitragem e o Código de Processo Civil de 2015*, in AA.VV., *O Novo Código de Processo Civil brasileiro. Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos*, a cura di T. Alvim, L.H. Volpe Camargo, L. Ziesemer Schmitz, N.G. De Macedo Carvalho, Rio de Janeiro, 2015, 103 ss. Tra i principali manuali di diritto brasiliano dell'arbitrato segnaliamo: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, 3° ed., San Paolo, 2009; C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, San Paolo, 2013; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, San Paolo, 2014; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, 5° ed., San Paolo, 2015. Segnaliamo anche il volume di E.F. Ricci, *Lei de arbitragem brasileira*, San Paolo, 2004, in cui sono raccolti i vari saggi pubblicati dall'A. in Brasile sul diritto brasiliano dell'arbitrato. Sulla legge n. 9.307 del 1996, ricordiamo, infine, il commento in lingua italiana di J.C. Barbosa Moreira, *La nuova legge brasiliana sull'arbitrato*, in questa Rivista, 1997, 1 ss.

2. In questo senso, si veda A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 1.
3. In questo senso, si vedano: A. Wald, *A reforma da lei da arbitragem (uma primeira visão)*, cit., secondo cui la riforma «*soube manter a estrutura e a substância da lei vigente*»; F.L. Yarshell, L. Britto Mejias, *Tutelas de urgência e produção antecipada da prova à luz da Lei n. 13.129/2015*, in AA.VV., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodvalho, A. Freire, 237 ss., spec. 246, che parlano di modificazioni «puntuali», apportate alla legge del 1996.
4. Sul nuovo c.p.c. brasiliano la letteratura è sterminata, ci limitiamo a ricordare le opere della manualistica di diritto processuale civile, tra cui: H. Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, 50° ed., Rio de Janeiro, 2016; L.G. Marinoni, S. Cruz Arenhart, D. Mitidiero, *Novo curso de processo civil*, vol. 3, 2° ed., San Paolo, 2016; F. Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, 18° ed., vol. 1, Salvador, 2016; C.R. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 8° ed., vol. I, San Paolo, 2016; C.R. Dinamarco, B. Vasconcelos Carrilho Lopes, *Teoria geral do novo processo civil*, San Paolo, 2016.

«indirettamente o direttamente», l'arbitrato, anche se «in modo tutto sommato marginale»⁵. Menzioneremo, ad ogni modo, tali novità codicistiche al termine del presente scritto.

Nel corso della nostra indagine, avremo modo di constatare come alcune delle nuove disposizioni si limitano esclusivamente a consacrare normativamente delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza (risolvendo, anche, dei contrasti sorti all'interno di quest'ultima); altre disposizioni introducono delle innovazioni di rilievo e sono finalizzate a migliorare il funzionamento dell'istituto in esame; altre, ancora, abrogano alcuni articoli della LA o semplicemente la aggiornano alla luce delle modifiche legislative intervenute tra il 1996 e il 2015⁶.

Prima di analizzare le novità introdotte dalla riforma del 2015, riteniamo opportuno ricordare, a grandi linee, l'evoluzione normativa dell'istituto arbitrale in Brasile e tratteggiare i suoi aspetti essenziali.

2. L'EVOLUZIONE NORMATIVA DEL DIRITTO BRASILIANO DELL'ARBITRATO.

Solo da pochi anni (dal 2002 in poi), l'arbitrato in Brasile cessa di essere oggetto di analisi teoriche e diviene un efficace ed importante strumento di risoluzione delle controversie⁷.

Il cammino che conduce al concreto utilizzo dell'istituto inizia nel 1991 con la c.d. «*Operação Arbitrer*»: l'allora senatore Petronio Muniz dà l'incarico a tre eminenti giuristi (Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins) di elaborare un progetto di legge in materia di arbitrato che andrà poi a costituire il testo della menzionata LA, approvato nel settembre del 1996⁸. Tale cammino prosegue, successivamente, con la pronuncia del Supremo Tribunale Federale di dicembre del

5. A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 1.

6. Nello stesso senso si veda S.M. Ferreira Lemes, *Anotações sobre a nova lei de arbitragem*, cit., 37 ss.

7. In questo senso, si veda H. Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. II, cit., 566: «*Até data recente, o juízo arbitral praticamente não existia no Brasil, a não ser como assento de especulação teórica em doutrina, visto que na experiência concreta não se tinha notícia de qualquer compromisso*». Naturalmente l'effettivo utilizzo nella pratica dell'istituto, viene accompagnato dal fiorire di studi teorici.

Sull'evoluzione storica dell'arbitrato in Brasile, si vedano, tra gli altri: R. de Carvalho Aprigliano, *Jurisdição e arbitragem no novo Código de Processo Civil*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 233 ss.; A. Pereira Gaio Jr., *Lei n. 9.307/96: natureza, historicidade e constitucionalidade da arbitragem no Brasil*, in Aa. Vv., *Arbitragem. 15 anos da Lei n. 9.307/96*, a cura di A. Pereira Gaio Jr., R. Almeida Magalhães, Belo Horizonte, 2012, 1 ss., spec. 9 ss.; E.C. Cleto Marolla, *A arbitragem e os contratos da administração pública*, Rio de Janeiro, 2016, 9 ss.

8. Sulla «*operação arbitrer*» si rinvia a C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 5 ss., e G. Giusti, *Os vinte anos da lei 9.307/1996*, cit., 3 ss.

2001, per poi concludersi nel luglio del 2002 con la ratificazione della Convenzione di New York sul riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri del 1958.

Alla LA n. 9.307 del 1996 si deve il merito di aver dotato il Brasile di una disciplina dell'arbitrato moderna e funzionale⁹. La LA ha, infatti, proceduto ad abrogare le disposizioni contenute nel codice civile del 1916 e nel codice di procedura civile del 1973 (all'epoca vigenti), contenenti i due principali ostacoli che si erano, fino ad allora, frapposti all'uso dell'arbitrato: l'impossibilità di instaurare un procedimento arbitrale sulla base di una clausola compromissoria; l'omologazione obbligatoria del lodo, a pena di nullità dell'atto. Sui due richiamati ostacoli è necessario soffermarsi¹⁰.

In primo luogo, la legislazione anteriore alla LA del 1996 si caratterizzava per l'assenza di una disciplina normativa sulla clausola compromissoria, in quanto il c.c. del 1916 (art. 1039), il c.p.c. del 1939 (art. 1031) e il c.p.c. del 1973 (art. 1074) contemplavano il compromesso, quale unico tipo di convenzione di arbitrato. La giurisprudenza brasiliana permetteva, quindi, l'instaurazione unilaterale del procedimento arbitrale solo sulla base di un compromesso, unica forma di convenzione che poteva dar luogo ad una valida proposizione dell'eccezione di patto compromissorio davanti al giudice statale. Mentre in caso di violazione di una clausola compromissoria alla controparte spettava solo un risarcimento per equivalente, il cui ammontare era di difficilmente determinabile¹¹.

In secondo luogo, sia il c.p.c. del 1939 (art. 1043) che il c.p.c. del 1973 (art. 1097) imponevano, a pena di nullità, il deposito obbligatorio del lodo presso la cancelleria del giudice statale: il provvedimento statale di omologazione attribuiva alla decisione degli arbitri l'efficacia della sentenza giudiziale¹².

9. Così R. de Carvalho Aprigliano, *Jurisdição e arbitragem no novo Código de Processo Civil*, cit., 239.

10. Si rinvia anche a: J. Dolinger, C. Tiburcio, *Direito internacional privado, Direito internacional privado (parte especial). Arbitragem comercial internacional*, Rio de Janeiro, 2003, p. 21 ss., ai quali si rinvia anche per maggiori informazioni in proposito; C. Tiburcio, *Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo*, in *Revista de processo*, 2015, n. 241, 521 ss.; C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 22; Id., *A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei*, in *Revista de processo*, 1993, n. 72, 53 ss. Sulla sfiducia e sull'ostilità di cui è stato oggetto l'istituto dell'arbitrato nel XIX° secolo e in buona parte del XX° secolo, sia permesso di rinviare a G. Bonato, *Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro*, in *Revista brasileira de arbitragem*, 2014, n. 43, 59 ss.

11. Prima dell'avvento della LA del 1996, la clausola compromissoria in Brasile era, in sostanza, solo una vaga promessa di affidare la soluzione della controversia ad arbitri, come viene ricordato in dottrina da: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 4 e 94; C. Tiburcio, *Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo*, cit., 523 ss.; A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 5.

12. Sull'evoluzione storica della disciplina del lodo arbitrale e dei suoi rapporti con il provvedimento statale di omologazione, sia permesso di rinviare a G. Bonato, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, 2012, 156 ss. Sul punto si veda, nuovamente, C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 5 e 271, il quale, in senso critico rispetto alla legislazione vigente

I due descritti fattori, che impedirono l'utilizzo dell'arbitrato in Brasile, sono stati eliminati dalla LA n. 9.307 del 1996. La Legge sull'arbitrato del 1996 ha, infatti, l'incontestabile merito di aver introdotto un'esauritiva regolamentazione normativa sulla clausola compromissoria, oggetto degli artt. da 4 a 8 della LA¹³. Una disciplina che, tuttavia, all'art. 7 della LA prevede la c.d. «formalizzazione giudiziale del compromesso». Qualora una parte non rispetti la clausola compromissoria, è necessario, infatti, rivolgersi al giudice per ottenere, attraverso un procedimento sommario, la conclusione giudiziale del compromesso¹⁴. Così descritto, il procedimento brasiliano, di cui all'art. 7 della LA, appare «sulla carta» chiaramente «più farraginoso e meno favorevole all'arbitrato» rispetto a quei sistemi che ammettono la possibilità di instaurare l'arbitrato sulla base della sola clausola compromissoria¹⁵. Fortunatamente, dottrina e giurisprudenza hanno ridotto l'ambito di applicazione dell'art. 7 della LA ad ipotesi marginali, quali quella della clausola compromissoria c.d. «bianca» o «vuota» (quella che non contiene le modalità di nomina degli arbitri), nonché all'ipotesi della clausola patologica (di dubbia validità ed efficacia)¹⁶. Il procedimento di formalizzazione giudiziale del compromesso, di cui all'art. 7, è visto, quindi, come una «*ultima ratio*»¹⁷ e, per tale motivo, i casi giudiziari

prima della LA del 1996, ricorda che l'obbligo di assoggettare il lodo al successivo provvedimento di omologazione impediva l'utilizzo dell'istituto nella pratica, in quanto faceva perdere i vantaggi della riservatezza e della celerità dell'arbitrato.

13. La clausola compromissoria, insieme al compromesso, fa parte della più ampia categoria della convenzione di arbitrato (art. 3 della LA). Sulla disciplina della convenzione di arbitrato in Brasile si vedano, in generale: C. Tiburcio, *Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo*, cit., 521 ss.; C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 77; C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 73; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 157; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 153 ss.; G.E. Nanni, *Direito civil e arbitragem*, San Paolo, 2014, 9 ss.
14. Sul procedimento di cui all'art. 7 LA, si vedano: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 154, anche in riferimento alle ragioni storiche che hanno dato origine alla disposizione; C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 218; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 199 ss.; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 167 ss.
15. Per queste considerazioni, si veda A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 5. E.F. Ricci, *Presente e futuro da cláusula compromissória e da sua atuação*, in *Revista de processo*, 2000, n. 100, 88, ss., § 5, che aveva qualificato il procedimento di formazione giudiziale del compromesso, di cui all'art. 7 LA, come un sistema intermedio, tra quello antico (che conosceva solo il compromesso) e quello moderno (che conferisce autosufficienza alla clausola compromissoria); l'A. aveva, quindi, auspicato l'accoglimento anche in Brasile del sistema moderno, giungendo, di fatto, a eliminare l'art. 7.
16. Per alcuni esempi di clausole patologiche, definite anche «problematiche», si veda G.E. Nanni, *Direito civil e arbitragem*, cit., 86 ss., nonché L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 179 ss.
17. In questo senso, si veda: C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 219, il quale ricorda che non è necessario ricorrere all'intervento del giudice statale, ai sensi dell'art. 7 LA, «quando, apesar da negativa ou omissão da contraparte em assinar o compromisso, houver outros meios disponiveis pelos quais também seja possível instaurar a arbitragem». Per l'interpretazione riduttiva dell'ambito di applicazione dell'art. 7 LA, si vedano: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 156, secondo cui il procedimento in analisi si riferisce solo alle clausole compromissorie che

in cui si applica l'art. 7 in Brasile sono numericamente ridotti¹⁸. Grazie alla riferita interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, l'art. 7 è stato, quindi, trasformato «da strumento di ausilio giudiziario farraginoso ed interferente (...) a strumento di utile salvataggio di clausole compromissorie patologiche»¹⁹.

Inoltre, si deve alla LA del 1996 il merito di aver conferito vita autonoma al lodo arbitrale (denominato dalla LA come «*sentença arbitral*»²⁰). Tra l'altro, spingendosi più avanti rispetto a quanto previsto nel sistema italiano, il legislatore brasiliano decide

«*não contenham o elemento mínimo para que se possa instituir o tribunal arbitral (ou seja, o modo de nomear os árbitros). Se tal elemento mínimo (modo de nomear os árbitros) estiver presente, a instituição da arbitragem não dependerá de intervenção judicial*»; A. Braghetta, *Cláusula compromissória – autosuficiência da cláusula cheia*, in *Revista dos tribunais*, 2002, n. 137, 800 ss., § 2, che parla della «*auto-suficiência da cláusula cheia*»; A. Wald, *O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente*, in Aa. Vv., *Aspectos atuais da arbitragem*, a cura di A.N. Pucci, San Paolo, 2001, 34 ss. In giurisprudenza, si vedano: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, 16 settembre 1999, ricorso n.124.217.4/0, in *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, n. 7, 336 ss.

18. Per rispondere all'interrogativo posto da A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 5, sull'effettivo utilizzo del procedimento di esecuzione in forma specifica della clausola compromissoria, ai sensi dell'art. 7 LA, è interessante citare l'analisi empirica, effettuata congiuntamente dalla *Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (DIREITOGV)* e dal *Comitê Brasileiro de Arbitragem*, sul tema «*Ação de Execução Específica da Cláusula Compromissória ("Ação do art. 7º")*», la cui relazione è pubblicata nel sito del citato *Comitê* all'indirizzo http://cbar.org.br/PDF/Acao_de_Execucao_Especificada_da_Clausula_Compromissoria.pdf. L'analisi si riferisce ad un periodo temporale che va dal 1996 al 2008 e prendere in considerazione le decisioni emanate dai *Tribunais de Justiça* (organi di secondo grado) e dai *Superior Tribunal de Justiça* e dal *Supremo Tribunal Federal* (Corti di vertice), escludendo, quindi, le decisioni di primo grado. Nella richiamata relazione vengono identificati trentaquattro casi di applicazione dell'art. 7 LA e l'analisi viene conclusa con la constatazione di un ridotto numero di sentenze statali pronunciate in materia. Tale circostanza viene attribuita a diversi fattori, tra cui: la prevalenza nella pratica di clausole compromissorie valide ed efficaci rispetto alle clausole compromissorie bianche o patologiche; la conclusione di un accordo tra le parti per stipulare un compromesso, in caso di clausola compromissoria difettosa; la mancata proposizione dell'impugnazione nei confronti della decisione di primo grado, emanata a conclusione del procedimento di cui all'art. 7 LA.

Nel 2014 è iniziata una seconda ricerca empirica in materia di arbitrato che riguarda anche l'utilizzazione del procedimento, di cui all'art. 7 LA. Tuttavia, ancora non sono stati pubblicati i risultati di questa ultima ricerca <http://cbar.org.br/site/pesquisa-cbar-abearb-2014>.

19. Richiamando quanto scritto da A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., nota 6.
20. Come indicato nel testo, la vigente legge brasiliana sull'arbitrato utilizza esclusivamente l'espressione «*sentença arbitral*» per denominare la decisione degli arbitri e non quella di «*laudo*» (mentre il c.p.c. del 1939 e il c.p.c. del 1973 contenevano entrambi i vocaboli in questione). Solo l'art. 33, § 2, inciso II, LA, nella sua versione originaria del 1996, conteneva la parola *laudo*, ma la riforma dell'arbitrato del 2015 ha sostituito, all'interno di tale disposizione, tale vocabolo con quello di *sentença arbitral*. Si vedano C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 271, e L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 417, quanto all'opportunità di utilizzare il termine sentenza arbitrale nella LA. In ogni caso, nel presente scritto utilizzeremo l'espressione lodo arbitrale per trattare della decisione degli arbitri anche in relazione al diritto brasiliano, poiché riteniamo che sia irrilevante per la determinazione del

di mettere completamente fine al provvedimento statale di omologazione, come specificato dall'art. 18 della LA²¹. Ai sensi dell'art. 31 della LA, il lodo arbitrale produce, tra le parti e i suoi successori²², gli stessi effetti prodotti dalla sentenza togata ed è titolo esecutivo giudiziale²³, nonché titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale²⁴.

La LA n. 9.307 del 1996 è stata, tuttavia, un presupposto necessario, ma non sufficiente allo sviluppo concreto dell'arbitrato²⁵. Infatti, l'istituto ha iniziato ad essere concretamente utilizzato nella pratica solo in seguito alla pronuncia (del 12 dicembre 2001) del Supremo Tribunale Federale, con cui è stata dichiarata la legittimità costituzionale dell'arbitrato, posta in dubbio in riferimento all'art. 5, inciso XXXV, Cost., sul c.d. principio di «*inafastabilidade da tutela jurisdicional*»²⁶.

regime di tale atto l'una o l'altra denominazione normativa, come anche afferma C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, 175.

21. Art. 18 LA dispone che: «*O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário*». Si deve notare che su questo punto, il diritto brasiliano si presenta più moderno di quello italiano, in cui, come noto, l'omologazione è ancora necessaria per conferire al lodo l'efficacia esecutiva, oltre alla trascrizione nei pubblici registri e all'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 825 c.p.c.). Sull'ordinamento italiano rinviamo a L. Salvaneschi, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 815, e C. Punzi, *Diseño sistematico dell'arbitrato*, II, 2° ed., Padova, 2012, 440 ss.
22. Oltre agli effetti della sentenza giudiziale, la dottrina (nettamente maggioritaria) ritiene che il lodo arbitrale produca la cosa giudicata materiale, una volta decorso il termine di 90 giorni per proporre l'impugnazione per nullità. Per questa prospettiva, si vedano: C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 202; Id., *Instituições de direito processual civil*, I, cit., 211; C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 274 e 390 ss.; F. Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cit., 173; H. Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. 2, cit., 565 ss. Ma, in senso contrario, si pone A. de Assis, *Processo civil brasileiro*, vol. I, San Paolo, 2015, 130 ss., il quale dubita che il lodo sia rivestito della «*autêntica autoridade de coisa julgada*», negando che il lodo possa produrre la «*coisa julgada típica*». Inoltre, alcuni autori (E. Parente, *Processo arbitral e sistema*, San Paolo, 2012, 303 ss.; F. Scripes Wladeck, *Impugnação da sentença arbitral*, Salvador, 2014, 91 ss.) sottolineano le particolarità della cosa giudicata prodotta dal lodo rispetto a quella prodotta dalla sentenza giudiziale. Per altri riferimenti, sia permesso si rinviare nuovamente a G. Bonato, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 159 ss.
23. In tal senso dispone l'art. 515, inciso VII, del c.p.c. del 2015 che include il lodo arbitrale nell'elenco dei titoli esecutivi giudiziali, come, d'altra parte, già prevedeva il c.p.c. del 1973 all'art. 475-N, inciso IV. Sul punto si veda: M.J. Magalhães Bonicio, *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*, San Paolo, 2016, p. 234.
24. Come disposto dall'art. 495 del c.p.c. del 2015 e, prima, dall'art. 466 del c.p.c. del 1973.
25. Vale la pena ricordare l'insegnamento di R. de Carvalho Aprigliano, *Jurisdição e arbitragem no novo Código de Processo Civil*, cit., p. 239; Id., *Aspectos contratuais da cláusula compromissória*, in *Revista do advogado*. AASP, 2012, n. 116, 174 ss., secondo cui i pilastri fondamentali della LA che hanno permesso lo sviluppo concreto dell'arbitrato in Brasile sono: l'efficacia della convenzione di arbitrato che permette l'instaurazione dell'arbitrato, nonostante la resistenza di una delle parti; l'autonomia della convenzione di arbitrato; l'abrogazione dell'istituto della omologazione del lodo e l'attribuzione a quest'ultimo della qualità di titolo esecutivo giudiziale; l'impossibilità di ridiscutere davanti al giudice statale quanto è stato deciso nel merito dagli arbitri.
26. L'art. 5, inciso XXXV, dispone che: «*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*». Per ulteriori riferimenti alla decisione del Supremo Tribunale Federale citata nel testo, si veda L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 5 ss. In ogni caso, già prima di tale

Infine, come già indicato, altro fattore rilevante che ha permesso lo sviluppo pratico dell'arbitrato in Brasile è stato il recepimento – con decreto del governo federale n. 4.311 del 23 luglio 2002 – della Convenzione di New York sul riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali stranieri del 1958²⁷.

I tre fattori precedentemente descritti (una nuova e moderna legge sull'arbitrato, la pronuncia del Supremo Tribunale Federale e la ratificazione della Convenzione di New York del 1958), insieme ad una giurisprudenza favorevole del *Superior Tribunal de Justiça*²⁸, hanno permesso uno sviluppo notevole e progressivo dell'arbitrato in Brasile, come risulta dai dati forniti dalle principali istituzioni arbitrali che operano nel territorio brasiliano²⁹.

*Possiamo, quindi, senza dubbio, affermare che attualmente il Brasile appartiene, a pieno titolo, a quel gruppo di paesi in cui si incentiva e valorizza l'arbitrato, considerando tale strumento di soluzione delle controversie di pari dignità rispetto al processo statale*³⁰.

pronuncia, la dottrina dominante si era schierata in favore della costituzionalità dell'arbitrato, si vedano: J.C. Barbosa Moreira, *La nuova legge brasiliana sull'arbitrato*, cit., 12 s.; E.F. Ricci, *Il problema della legittimità costituzionale dell'arbitrato in Brasile*, in questa *Rivista*, 1999, 49 ss.; A. Wald, *Da constitucionalidade da Lei 9.307/96*, in *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, 2000, n. 7, 323 ss.

27. Sul tema, si veda A. Wald, *La ratification de la Convention de New York par le Brésil*, in *Revue de l'arbitrage*, 2003, 91 ss.
28. Sulla posizione favorevole della giurisprudenza brasiliana in materia di arbitrato, si vedano le considerazioni di: A. Wald, A. Gerdau de Borja, M. De Melo Vieira, *A posição dos tribunais brasileiros em matéria de arbitragem no último biênio (2011-2012)*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2012, n. 35, 15 ss., cui si rinvia anche per l'analisi di alcuni casi giurisprudenziali recenti in tema di arbitrato; C.A. Carmona, *Superior Tribunal de Justiça, segurança jurídica e arbitragem*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2012, n. 34, 97 ss.
29. In questo senso, si veda G. Giusti, *Os vinte anos da lei 9.307/1996*, Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 3 ss., spec. 7 ss. A questo proposito, ricordano A. Wald, A. Gerdau de Borja, *Ano foi marcado pela democratização da arbitragem e 2015 promete boa safra*, in www.conjur.com.br (2015), che, sulla base dei dati forniti dalle principali istituzioni arbitrali che operano nel territorio brasiliano, «nel 2014 sono stati instaurati 310 nuovi casi di arbitrato, rispetto ai 170 circa del 2008; ciò che corrisponde ad un aumento che supera l'80% in numero di arbitrati nel periodo indicato». Sul punto, ricorda anche S.M. Ferreira Lemes, *Pesquisa: Arbitragem em Números e Valores*, 2015, in <http://selmalemes.adv.br/noticias/An%C3%A1lise%20da%20pesquisa%20arbitragens%20em%20n%C3%BAmoros%202010%20a%202015.pdf>, che nell'arco di sei anni (tra il 2010 e il 2015), il numero totale dei procedimenti arbitrali instaurati è stato di 1043, il cui valore complessivo è stato all'incirca di 38 miliardi di Reais. L'analisi empirica dell'A. è stata effettuata nelle sei principali istituzioni brasiliane: *Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil* (AMCHAM); *Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá* (CCBC); *Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo - CIESP/FIESP* (CIESP/FIESP); *Câmara de Arbitragem do Mercado* (CAM); *Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas* (CAM/FGV); *Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil* (CAMARB).
30. Sulla piena parità tra arbitrato e processo statale, si vedano: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 5 ss.; A. Pellegrini Grinover, *Ensaio sobre a processualidade*, cit., 63; C.R. Dinamarco, *Instituições*

3. STRUTTURA E CARATTERISTICHE ESSENZIALI DEL DIRITTO BRASILIANO DELL'ARBITRATO.

In relazione alla sistematica, la LA si compone attualmente di nove titoli: I – «disposizioni generali»; II – «della convenzione di arbitrato e dei suoi effetti»; III – «degli arbitri»; IV – «del procedimento arbitrale»; IV-A – «della tutela cautelare e della tutela di urgenza»; IV-B – «della carta arbitrale»; V – «del lodo arbitrale»; VI – «del riconoscimento e dell'esecuzione dei lodi stranieri»; VII – «disposizioni finali». Ai sette capitoli, inizialmente contenuti nella LA, si sono aggiunti, per effetto della riforma del 2015, i due capitoli IV-A e IV-B.

Tra le caratteristiche essenziali dell'arbitrato brasiliano, dobbiamo ricordare l'adozione di un modello puramente monista³¹. L'unica distinzione giuridica che si rinviene all'interno della LA è tra lodo arbitrale brasiliano e lodo arbitrale straniero, differenziati secondo un criterio di tipo geografico: il primo è quello emanato all'interno del territorio della Repubblica Federale del Brasile; il secondo è quello pronunciato all'estero e che, pertanto, viene riconosciuto e dotato di esecutorietà attraverso il procedimento di omologazione che si svolge davanti al Superiore Tribunale di Giustizia (artt. 34 e ss. LA)³². Il modello monista non viene messo in discussione dalla riforma del

de direito processual civil, I, cit., 214.

Non è questa la sede per entrare nel dibattito sulla natura dell'arbitrato, possiamo solo ricordare che la dottrina nettamente maggioritaria propende per la natura giurisdizionale dell'istituto, si vedano: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 278; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 417; C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 5 ss.; R. de Carvalho Aprigliano, *Jurisdição e arbitragem no novo Código de Processo Civil*, cit., 247, che parla di una «*natureza claramente jurisdicional da arbitragem*»; F. Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. 1, cit., 173, secondo cui «*a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição*»; H. Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., 593 ss., secondo cui il «*procedimento arbitral, uma vez instaurado, em tudo se equipara à jurisdição oficial*». Ma in senso contrario, ricordiamo l'autorevole opinione di L.G. Marinoni, S. Cruz Arenhart, D. Mitidiero, *Novo curso de processo civil*, cit., vol. 3, 484, che escludono il carattere giurisdizionale dell'arbitrato. Mentre accoglie la tesi della natura ibrida dell'arbitrato, L. Britto Mejias, *Controle da atividade do árbitro*, San Paolo, 2015, 30. Quanto al dibattito nell'ordinamento italiano, rinviamo, tra gli altri, a: C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. I, cit., 110 ss.; Id., *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 4 ss.; L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., 790 ss.; G. Bonato, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., *passim*.

31. Sull'arbitrato internazionale, sui modelli monista, dualista e intermediario, si vedano: A. Briguglio, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2005, 679 ss.; P. Biavati, *Arbitrato internazionale*, in Aa. Vv., *Arbitrati speciali*, a cura di F. Carpi, Bologna, 2008, 391 ss.; A. Bonomi, *Monisme et dualisme*, in Aa. Vv., *Arbitrage interne et international*, a cura di A. Bonomi, D. Bochatay, Ginevra, 2010, 167 ss.; G. Bonato, *Panorama da arbitragem na França e na Itália*, cit., §§ 4 ss.; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 452 ss.
32. L'art. 34, § unico, LA, dispone: «*Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional*». Sul criterio geografico per determinare la nazionalità del lodo arbitrale in Brasile, si rinvia a: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 439, il quale ricorda che si tratta di una definizione «più obiettiva, più semplice» che permette di superare le difficoltà di qualificazione, nonostante sia «tecnicamente criticabile»; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 445 ss. Ma in senso critico con la scelta del legislatore brasiliano, si veda C. de Melo Valença Filho, *Poder judiciário e*

2015. Ricordiamo che una parte minoritaria della dottrina ha espresso la preferenza per l'adozione di un modello dualista e, quindi, per l'introduzione di un regime differenziato per l'arbitrato internazionale³³.

Altro tratto saliente del diritto brasiliano dell'arbitrato è il principio di non interferenza³⁴. Infatti, come recentemente notato dalla dottrina italiana, una volta avviato l'arbitrato, «il giudice brasiliano scompare o quasi»³⁵. Lo dimostrano, tra le altre cose: la disciplina della ricsuazione degli arbitri, che viene proposta dinanzi agli stessi arbitri o agli organi dell'istituzione arbitrale (in caso di arbitrato amministrato) e non dinanzi al giudice statale³⁶; l'adozione della regola della priorità temporale della competenza degli arbitri nel controllo validità della convenzione di arbitrato, che esclude il sistema delle vie parallele³⁷; la completa soppressione dell'omologazione del

sentença arbitral, Curitiba, 2002, 189 ss. Nel panorama comparatistico, pare essere prevalente il criterio della sede dell'arbitrato per determinare la nazionalità del lodo arbitrale. Sul lodo straniero in generale e per riferimenti al sistema italiano, si vedano, tra gli altri: C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II, cit., 297 ss.; E.F. Ricci, *La nozione di lodo straniero dopo la legge n. 25/1994*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 331 ss.; A. Briguglio, *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999, 17 ss.; G. Ruffini, *Sede dell'arbitrato e nazionalità del lodo*, in *Corr. giur.*, 2000, 1500 ss.; G. Bonato, *Panorama da arbitragem na França e na Itália*, cit., § 5; R. Maruffi, *Sede e nazionalità dell'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, 627 ss.; L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., 988 ss.; C.A. da Silvera Lobo, *A definição de sentença arbitral estrangeira*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2006, n. 9, 62 ss. Sulle conseguenze che derivano dall'applicazione concorrente di differenti criteri di nazionalità, si veda: E.F. Ricci, *Il lodo arbitrale con nazionalità plurima: un utile strumento nei rapporti tra Brasile e stati europei*, in questa *Rivista*, 1999, 643 ss.; Id., *Lei de arbitragem brasileira*, cit., 217 ss.

33. Per l'opportunità di adottare un modello dualista in Brasile, si vedano: F. Verçosa, *Arbitragem interna v. arbitragem internacional: breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade*, in Aa.Vv., *O direito internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, a cura di C. Tiburcio, L.R. Barroso, Rio de Janeiro, 2006, p. 421 ss.; L. Tripodi, *Arbitragem doméstica e internacional: o que significam monismo e dualismo no terreno da arbitragem?*, in Aa.Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodvalho, A. Freire, cit., 329 ss., spec. 335. In senso critico con il sistema dualista, si pone C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 438 ss.
34. Come nota, giustamente, A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 5, il quale sottolinea come il principio ispiratore del diritto brasiliano dell'arbitrato sia «meno intromissione possibile del giudice statale; 'assistenza non interferenza' secondo un efficace slogan» (citando in proposito un conosciuto lavoro di G. Tarzia, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell'arbitrato internazionale*, in questa *Rivista*, 1996, 473 ss.). Sul principio di non interferenza e sull'autonomia dell'arbitrato in Brasile, si vedano: F.L. Yarshell, *Caráter subsidiário da ação anulatória de sentença arbitral*, in *Revista de Processo*, 2012, n. 207, 13 ss.; C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 210.
35. A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 6.
36. Sulla disciplina della ricsuazione degli arbitri, si vedano: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit.; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 244 ss.
37. Almeno, secondo l'opinione di una parte della dottrina in Brasile, in tema di rapporti tra arbitri e giudici statali si applicherebbe la regola della priorità temporale della competenza degli arbitri nel controllo della validità della convenzione di arbitrato, con la conseguenza che una volta sollevata

lodo, che, come precedentemente indicato, è titolo esecutivo giudiziale fin dalla sua emanazione³⁸. Solo nell'ambito dell'impugnazione del lodo, il giudice statale "torna di scena", tra l'altro con poteri limitati alla sola fase rescindente, non potendo mai passare alla fare rescissoria (vedi *infra* n. 12).

Delineato il contesto in cui si inserisce la legge n. 13.129 del 2015, possiamo iniziare a commentare il contenuto della riforma del 2015.

4. LE DISPOSIZIONI SUI RAPPORTI TRA ARBITRATO E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

La legge n. 13.129 del 2015 inserisce tre nuovi commi al fine di disciplinare i rapporti tra arbitrato e pubblica amministrazione³⁹. Si tratta dei §§ 1° e 2° dell'art. 1, nonché del § 3° dell'art. 2 LA.

l'eccezione di patto compromissorio i giudici statali dovrebbero chiudere il processo in rito, senza poter effettuare alcuna analisi sulla validità della convenzione. Le contestazioni sulla validità del patto compromissorio potrebbero, quindi, essere fatte valere con l'impugnazione del lodo. In questo senso, si vedano: E. Coelho Pitombo, *Os efeitos da convenção de arbitragem. Adoção do princípio Kompetenz-Kompetenz no Brasil*, in Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Soares*, a cura di C.A. Carmona, S.M. Ferreira Lemes, P.A. Batista Martins, 2007, 326 ss.; R.F. Alves, *A inadmissibilidade das medidas anti-arbitragem no direito brasileiro*, San Paolo, 2009, 184; F. Didier, *Curso de direito processual civil*, I, cit., 645. In realtà, la legge brasiliana non è chiarissima sul punto e, infatti, altri autori sostengono una tesi diversa, secondo cui i giudici statali – una volta sollevata l'eccezione di patto compromissorio – avrebbero il potere di verificare *prima facie* la validità della convenzione di arbitrato, così: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 177 ss.; R. Resende Beneduzi, *Premilinar de arbitragem no novo CPC*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 285 ss. Quanto al diritto italiano, è interpretazione assolutamente dominante, quella secondo cui l'art. 819 *ter* abbia voluto dettare la regola delle «vie parallele», si veda, per tutti, L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., 579 ss. e 677.

38. Sul punto, si veda, nuovamente C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 210 ss.
39. Sul tema dell'arbitrato e pubblica amministrazione, la letteratura è molto ampia, segnaliamo: A. Wald, A. Gerdau de Borja, *Arbitragem envolvendo entes estatais: a evolução da jurisprudência e a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*, in Aa.Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodovalho, A. Freire, cit., 105 ss.; A. Chateaubriand Martins, *Arbitragem e administração pública*, in Aa.Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodovalho, A. Freire, cit., 67 ss.; H.V. Mendonça Sica, *Arbitragem e Fazenda Pública*, in Aa.Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodovalho, A. Freire, cit., 273 ss.; E.C. Cleto Marolla, *A arbitragem e os contratos da administração pública*, cit.; M.V. Armani Alves, *A fazenda pública na arbitragem, dissertação de mestrado* (tesi di master), Università di San Paolo (USP), 2016; A.S. Hatanaka, *O poder público e a arbitragem após a reforma da Lei nº 9.307/1996*, in *Revista brasileira de arbitragem*, 2016, n. 49, 7 ss.; G.H. Justino De Oliveira, G.B. Schwarstmann, *Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2015, n. 44, 150 ss.; Aa.Vv., *Arbitragem e Poder Público*, a cura di C.A. Guimarães Pereira, E. Talamini, San Paolo, 2010; P. Osternack Amaral, *Arbitragem e administração pública*, Belo Horizonte, 2012; M.J. Magalhães Bonicio, *Breve análise sobre a arbitragem em conflitos que envolvem o Estado*, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 2012, n. 75, 13 ss.; Id., *Arbitragem e estado: ensaio*

In primo luogo, per fare chiarezza sul tema della compromettibilità delle controversie con la pubblica amministrazione, la riforma introduce, all'art. 1, § 1°, la disposizione secondo cui: «La pubblica amministrazione diretta ed indiretta può ricorrere all'arbitrato per dirimere i conflitti relativi a diritti patrimoniali disponibili». Viene, in tal modo, legislativamente confermata la soluzione elaborata da una parte della giurisprudenza (in particolare del Superiore Tribunale di Giustizia) e sostenuta da parte autorevole della dottrina, secondo cui già in riferimento alla versione originaria della LA del 1996 potevano essere considerate valide – alla luce all'art. 1, *caput*⁴⁰, LA – le convenzioni di arbitrato stipulate dalla pubblica amministrazione, purché aventi ad oggetto diritti patrimoniali disponibili⁴¹. Comunque, nel fugare ogni dubbio in proposito,

sobre o litígio adequado, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2015, n. 45, 155 ss.; C.A. de Salles, *A arbitragem em contratos administrativos*, Rio de Janeiro, 2011; S.M. Ferreira Lemes, *Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*, San Paolo, 2007.

40. Come ricorda C. R. Dinamarco, *Vocabulário do processo civil*, San Paolo, 2009, p. 313, il *caput* è la «testa» dell'articolo, la sua prima parte, in cui si trova la «disposizione centrale», che viene seguita da incisi e paragrafi in cui si trovano «disposizioni complementari».
41. L'art. 1, *caput*, LA dispone (fin dalla sua versione originale del 1996) che: «Le persone capaci di contrattare potranno ricorrere all'arbitrato per dirimere liti relative a diritti patrimoniali disponibili». Come indicato nel testo, sulla base di tale previsione normativa, alcune sentenze del Superiore Tribunale di Giustizia avevano ritenuto legittima l'utilizzazione dell'arbitrato da parte della pubblica amministrazione, tra le varie decisioni segnaliamo: 25 ottobre 2005, sezione 2°, *recurso especial* n. 612.439/RS; 17 luglio 2007, sezione 2°, *recurso especial* n° 606.345; 28 giugno 2006, sezione 1°, *mandado de segurança* n. 11.308/DF; 20 ottobre 2011, sezione 3°, *recurso especial* n. 904.813/PR. Giova ricordare che anche prima dell'entrata in vigore della LA del 1996, il Supremo Tribunale Federale nel celebre caso "Lage" aveva ammesso la legittimità del ricorso all'arbitrato in una controversia vertente tra l'amministrazione pubblica federale brasiliana e un soggetto privato, ma in tal caso sussisteva un'espressa autorizzazione legale. Si tratta della decisione emanata nell'ambito dell'*agravo de instrumento* n. 52.181, del 14 novembre 1973, pubblicata in *Revista trimestral de jurisprudência*, 1974, n. 68, 382 ss. Per l'analisi delle citate decisioni rinviamo a: E.B. Baraldi, *Arbitragem e contratos com a administração pública*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 30 ss.; A. Wald, A. Gerdau de Borja, *Arbitragem envolvendo entes estatais: a evolução da jurisprudência e a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*, cit., 113 ss.

Tra gli autori favorevoli alla compromettibilità delle controversie con la pubblica amministrazione, anche prima della riforma del 2015, si vedano: S.M. Ferreira Lemes, *A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública: a empresa estatal, o Estado e a concessão de serviço público*, in Aa.Vv., *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*, a cura di P.A. Batista Martins, S.M. Ferreira Lemes, C.A. Carmona, Rio de Janeiro, 1999, 175 ss.; C. De Melo Valença Filho, *Arbitragem e contratos administrativos*, in *Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem*, 2000, n. 8, 359 ss.; A. Wald, *A arbitragem e as sociedades de economia mista*, in *Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem*, 2003, n. 19, 283 ss.; A. Pellegrini Grinover, *Arbitragem e prestação de serviços públicos*, in *Revista de direito administrativo*, 2003, n. 233, 377 ss.; J.E. Nunes Pinto, *A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*, in *Revista brasileira de arbitragem*, 2004, n. 01, 9 ss.; C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 50; R. de Carvalho Aprigliano, *Ordem pública e processo*, San Paolo, 2011, 20-21; C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 87 ss.; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 39.

l'art. 1, § 1°, è certamente norma da apprezzare⁴² e mette fine a quella prospettiva più restrittiva – sostenuta da una parte della giurisprudenza (in particolare della Corte dei Conti) e da alcuni studiosi – in base alla quale la pubblica amministrazione poteva ricorrere all'arbitrato solo in presenza di una legge speciale che la autorizzasse espressamente in tal senso e in relazione alle specifiche materie indicate⁴³. In ragione dell'innovazione della riforma in commento, risulta – chiaramente – superata quella posizione dottrina più estrema che sosteneva l'esistenza di un assoluto divieto per

42. In senso favorevole all'introduzione dell'art. 1, §1°, si vedano: G. Fernandez de andrade, *Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação*, Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 411 ss.; A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 3.

Il citato art. 1, §1°, LA, pur contenendo una novità di rilievo, non pare risolvere tutti i dubbi sollevati in dottrina rispetto alla concreta individuazione delle controversie arbitrabili, di cui è parte la pubblica amministrazione. Come è stato, infatti, opportunamente dimostrato, i criteri civilistici della disponibilità e della patrimonialità delle situazioni giuridiche non sono di facile applicazione nell'ambito del diritto pubblico, data la mancanza di «un criterio generale che permetta di determinare i diritti disponibili della pubblica amministrazione», da cui deriva la difficoltà di individuare con esattezza l'ambito delle controversie compromettibili, così E.C. Cleto Marolla, *A arbitragem e os contratos da administração pública*, cit., 115 ss., alla quale si rinvia per l'esautiva analisi dei sei metodi cui si fa ricorso per individuare il concetto di disponibilità dei diritti e, quindi, della compromettibilità delle controversie. Merita approvazione la tesi, secondo cui per determinare l'area della compromettibilità dei conflitti con la p.a., è necessario applicare dei criteri supplementari, oltre a quello della disponibilità, come il criterio di «adeguazione», così: M.J. Magalhães Bonicio, *Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado*, cit., 155 ss.

43. Ricordiamo che negli ultimi anni diverse leggi speciali brasiliane avevano autorizzato la stipulazione di convenzioni di arbitrato da parte della pubblica amministrazione per determinate materie, tra cui ricordiamo: l'art. 23, XV, della legge n. 8.987 del 1995 (*Lei de Concessões*), l'art. 93, XV, della legge n. 9.472 del 1997 (*Lei Geral de Telecomunicações*), l'art. 43, X, della legge n. 9.478 del 1997 (*Lei do Petróleo*); l'art. 2, § 3°, della legge n. 10.433 del 2002 (*Lei do Mercado Atacadista de Energia*), l'art. 4°, § 6°, della legge n. 10.848 del 2004 (*Lei da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica*); l'art. 11 della legge n° 11.079 del 2004 (*Lei das Parcerias Público-Privadas*).

Per la prospettiva secondo cui la pubblica amministrazione brasiliana poteva ricorrere all'arbitrato solo in presenza di una legge che espressamente disponeva in tal senso, si vedano: L.R. Barroso, *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez*, in *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, 2003, n. 19, 427 ss.; C.A. de Salles, *Arbitragem em contratos administrativos*, cit., 239-40. Come indicato nel testo, era questo anche l'orientamento della giurisprudenza della Corte dei Conti, da sempre ostile ad ammettere la legittimità dell'arbitrato con la pubblica amministrazione, se non in presenza di un'espressa autorizzazione legislativa, si vedano le seguenti decisioni: 28 maggio 2003, n. 587/2003; 16 luglio 2003, n. 906/2003; 10 aprile 2003, n. 584/2003; 10 marzo 2003, n. 215/2004; 24 agosto 2005, n. 1.271/05; 14 marzo 2006, n. 537/2006. Sulla giurisprudenza della Corte dei Conti in materia di arbitrato, si vedano: C. A. Guimaraes Pereira, *Arbitragem e a Administração Pública na Jurisprudência do TCU e do STJ*, in Aa.Vv., *Arbitragem e Poder Público*, a cura di C.A. Guimaraes Pereira, E. Talamini, cit., 131 ss.; E.B. Baraldi, *Arbitragem e contratos com a administração pública*, cit., p. 50.

la pubblicazione amministrazione brasiliana di deferire la soluzione delle controversie al giudizio degli arbitri⁴⁴.

Sempre in relazione all'arbitrabilità delle controversie con la pubblica amministrazione, l'art. 1, § 2°, dispone che: «L'autorità o l'organo della pubblica amministrazione diretta competente per la stipulazione della convenzione di arbitro è la medesima autorità o lo stesso organo che può concludere accordi e transazioni». Si tratta di una disposizione sulla c.d. arbitrabilità soggettiva, rispetto a cui la riforma chiarisce quale l'organo della p.a. brasiliana è legittimato a stipulare compromessi e clausole compromissorie.

Infine, nell'art. 2, § 3°, LA, vengono introdotte due regole processuali, di applicazione inderogabile quando la pubblica amministrazione è parte di un processo arbitrale. Si tratta del necessario rispetto del principio di pubblicità del processo e del criterio della decisione che deve essere secondo le regole di diritto.

Rispetto al principio di pubblicità del processo arbitrale, la riforma in commento ribadisce quanto già impone l'art. 37 della Costituzione Federale del 1988: «La pubblica amministrazione diretta e indiretta (...) seguirà i principi di legalità, impersonalità, moralità, pubblicità ed efficienza (...)»⁴⁵. Dei dubbi, tuttavia, sussistono sulla portata del principio di pubblicità che si impone alla p.a. quando partecipa ad un procedimento arbitrale. Il principio in discorso può essere, infatti, concepito in due modi. In base ad una prima prospettiva, sarebbe necessario preservare, comunque, gli interessi delle parti private dell'arbitrato e, quindi, si dovrebbe ammettere la divulgazione solo della pendenza dell'arbitrato, del lodo, nonché degli altri atti essenziali del procedimento, escludendo l'accesso pubblico alle udienze e ai vari documenti prodotti nel giudizio⁴⁶.

44. In effetti, una parte (del tutto) minoritaria della dottrina brasiliana considerava inarbitrabili le controversie con la pubblica amministrazione, nel presupposto che quest'ultima fosse posta in posizione di superiorità ed essendo portatrice di situazioni giuridiche soggettive di natura sempre indisponibile, così si vedano: C.A. Bandeira De Mello, *Curso de direito administrativo*, 26° ed., San Paolo, 2009, 711, secondo cui «É inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesse indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em res extra commercium e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles»; L. Valle Figueiredo, *Curso de direito administrativo*, 5° ed., San Paolo, 2001, 101-2, il quale sottolineava, tra l'altro, che «as regras de competência processual no tocante às questões da União são de ordem constitucional, não podendo, à evidência, ser derogadas por legislação infraconstitucional».

45. In senso favorevole all'introduzione espressa del principio di pubblicità nell'arbitrato con la p.a., si veda A.S. Hatanaka, *O poder público e a arbitragem após a reforma da Lei nº 9.307/1996*, cit., § 5. Sui principi di pubblicità e di riservatezza in arbitrato, si veda in generale: J.M. Júdice, *Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da Reforma da Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015)*, in Aa.Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodovalho, A. Freire, cit., 297 ss.

46. In questo senso, si rinvia a S.L. Ferreira Lemes, *Anotações sobre a nova lei de arbitragem*, cit., 39, la quale esclude che le istituzioni arbitrali debbano agire come delle cancellerie di un tribunale pubblico. Nella stessa direzione, si veda anche anche C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 52, il quale,

Seguendo, invece, una visione più ampia del principio di pubblicità (che, tra l'altro, ci sembra preferibile), quando la pubblica amministrazione è parte di un arbitrato, è necessario garantire, al pari di quanto accade nel processo statale, la totale trasparenza del processo arbitrale, comprese udienze, fascicoli e documenti, considerando coperti da riservatezza esclusivamente i segreti industriali e commerciali⁴⁷. Inoltre, rispetto al regime di pubblicità, una questione che le autorità brasiliane dovranno risolvere in futuro è quella dell'individuazione delle modalità con cui divulgare la pendenza di un processo arbitrale, di cui la pubblica amministrazione è parte⁴⁸.

L'altra regola prevista dall'art. 2, § 3°, riguarda le norme per la deliberazione: quando la pubblica amministrazione è parte di un arbitrato, gli arbitri dovranno decidere sempre secondo le regole di diritto, essendo, quindi, vietata la decisione secondo equità⁴⁹.

Oltre agli aspetti espressamente regolati dalla riforma del 2015, altre sono le questioni derivanti dalla partecipazione della pubblica amministrazione ad un processo arbitrale, quali: i criteri da seguire per la scelta degli arbitri e dell'istituzione arbitrale; la lingua del procedimento; l'applicazione di alcune deroghe al procedimento arbitrale; l'esecuzione del lodo nei confronti della pubblica amministrazione. Il legislatore della riforma ha preferito non prendere posizione sui menzionati aspetti⁵⁰.

scrivendo prima della riforma del 2015, ritiene che debba essere garantito «*acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral*».

47. Per questa prospettiva, si vedano: E.C. Cleto Marolla, *A arbitragem e os contratos da administração pública*, cit., 157-158; A.S. Hatanaka, *O poder público e a arbitragem após a reforma da Lei nº 9.307/1996*, cit., § 5, secondo cui «*o processo arbitral (incluindo as audiências, os debates, as provas colhidas e os documentos apresentados) deverá ser moldado para dar total concreção ao princípio da publicidade*». In favore di questa seconda prospettiva, merita di essere ricordato il recente decreto 8 giugno 2015, n. 8.465, recante disposizioni in materia di porti, che ammette l'arbitrabilità di alcune controversie in ambito portuario, indicando al tempo stesso che «tutte le informazioni relative al processo saranno rese pubbliche» (art. 3, inciso IV).
48. Su questo aspetto E.C. Cleto Marolla, *A arbitragem e os contratos da administração pública*, cit., 162, ritiene che: «*A regulamentação da divulgação da existência de processo arbitral e de seu desfecho é, portanto, medida que se impõe*». Al riguardo A.S. Hatanaka, *O poder público e a arbitragem após a reforma da Lei nº 9.307/1996*, cit., § 5, propone le seguenti soluzioni: imporre che sia la stessa p.a. a divulgare l'esistenza del giudizio arbitrale, con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale o con altri canali di comunicazione pubblica; permettere alla p.a. di scegliere come camere arbitrali solo quelle che garantiscono l'osservanza del dovere di pubblicità, in via fisica o elettronica.
49. Si veda, sul punto E.C. Cleto Marolla, *A arbitragem e os contratos da administração pública*, cit., 148 ss. In senso parzialmente critico rispetto al divieto di arbitrato di equità con la p.a., si pone S.L. Ferreira Lemes, *Anotações sobre a nova lei de arbitragem*, cit., 40.
50. Dati gli evidenti limiti della nostra indagine, per la trattazione delle questioni indicate nel testo siamo costretti a rinviare alla dottrina brasiliana che si è recentemente dedicata ai rapporti tra arbitrato e pubblica amministrazione. Si rinvia, pertanto, ai recenti contributi di: E.C. Cleto Marolla, *A arbitragem e os contratos da administração pública*, cit., 147 ss.; M.V. Armani Alves, *A fazenda pública na arbitragem*, cit., 175 ss.; A.S. Hatanaka, *O poder público e a arbitragem após a reforma*

5. IL VETO PRESIDENZIALE SULLE CLAUSOLE COMPROMISSORIE STIPULATE IN CONTRATTI PER ADESIONE, IN CONTRATTI PER ADESIONE IN RAPPORTI DI CONSUMO E IN CONTRATTI INDIVIDUALI DI LAVORO.

Come già indicato nella parte introduttiva della nostra indagine, il progetto di legge inviato alla Presidenza della Repubblica prevedeva la modificazione dell'art. 4, § 2°, nonché l'introduzione dei §§ 3 e 4° nell'art. 4. Si trattava di novità tendenti a permettere e/o a facilitare la stipulazione di clausole compromissorie in: contratti per adesione; contratti per adesione in rapporti di consumo; contratti individuali di lavoro, stipulati da coloro che esercitano funzioni di amministratore o di direttore generale. In ragione del menzionato veto presidenziale, la redazione del § 2° dell'art. 4 rimane quella originale del 1996 e non vengono introdotti i nuovi paragrafi 3° e 4° nell'art. 4⁵¹. Ciò nonostante, è interessante ricordare quale era il contenuto dei tre richiamati paragrafi che il Parlamento avrebbe voluto inserire nella LA.

In riferimento alla stipulazione di una clausola compromissoria in un contratto per adesione in un rapporto non di consumo, la vigente redazione dell'art. 4, § 2°, prevede che: «Nei contratti per adesione, la clausola compromissoria è efficace solo se colui che vi aderisce assume l'iniziativa di instaurare l'arbitrato o accetta la sua instaurazione, espressamente e per iscritto, in un documento allegato o in grassetto contenente una firma o una specifica approvazione di tale clausola». Tale disposizione tende a proteggere la parte «debole», che non ha predisposto il contratto. La clausola compromissoria relativa ad un contratto per adesione è, infatti, sempre efficace per la parte predisponente (criterio dell'efficacia relativa della clausola), mentre vincola la parte non predisponente solo se redatta con le speciali e rigorose formalità indicate nell'art. 4, § 2°. L'efficacia della clausola compromissoria redatta senza il rispetto delle formalità previste dal citato art. 4, § 2°, resta, quindi, subordinata all'iniziativa della parte non predisponente il contratto per adesione⁵². La versione dell'art. 4, § 2°, che avrebbe voluto introdurre il Parlamento brasiliano era la seguente: «Nei contratti per adesione, la clausola compromissoria è efficace solo se redatta in grassetto o in un documento separato». Il Parlamento avrebbe, quindi, voluto aumentare e facilitare la diffusione dell'arbitrato rispetto ai contratti per

da Lei nº 9.307/1996, cit., §§ 5 ss.; G. Fernandez de andrade, Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação, cit., 411 ss.; G.H. Justino De Oliveira, G.B. Schwarstmann, Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral, cit., 150 ss.

51. In senso critico, si vedano: A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 4, il quale parla di «tabù» rispetto ai richiamati veti della Presidenza della Repubblica.
52. In questo senso, si vedano: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 106 ss.; J.R. de Castro Neves, *Arbitragem nas relações de consumo – uma nova esperança*, in Aa. Vv., *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*, a cura di C.C. Vieira Rocha, L.F. Salomão, cit. 189 ss., spec. 201. Sul tema si rinvia anche a L.F. Guerrero, *Convenções de arbitragem e processo arbitral*, San Paolo, 2009, p. 16 ss.

adesione nei rapporti non di consumo, dotando la clausola compromissoria, relativa a tali rapporti, di un'efficacia piena e bilaterale (per entrambe le parti contrattuali), purché redatta in grassetto o in un documento separato, senza imporre anche la necessità di una specifica approvazione e sottoscrizione di tale clausola⁵³.

In riferimento all'arbitrato con i consumatori, l'art. 4, § 3°, oggetto di veto presidenziale, aveva la seguente redazione: «Nei rapporti di consumo creati con un contratto per adesione, la clausola compromissoria è efficace solo se il consumatore prende l'iniziativa di instaurare l'arbitrato o concorda espressamente con la sua instaurazione». Il Parlamento voleva, quindi, condizionare l'efficacia della clausola compromissoria all'effettiva accettazione dell'arbitrato da parte del consumatore, il quale avrebbe potuto manifestare la sua opzione per la via arbitrale sia instaurando direttamente il processo arbitrale, sia esprimendo (a lite già insorta) il proprio accordo quanto alla sua instaurazione del processo (avvenuta su iniziativa dell'altra parte)⁵⁴. Come indicato dai commentatori, la mancata introduzione del citato art. 4, § 3°, non sembra che sia in grado di cambiare la posizione del consumatore in relazione all'arbitrato, nella misura in cui le controversie aventi ad oggetto un rapporto di consumo restano, comunque, compromettibili, alla condizione che si dimostri l'effettiva accettazione del consumatore di ricorrere allo strumento arbitrale, dopo l'insorgere della lite e attraverso una delle seguenti modalità: la stipulazione di un compromesso; l'instaurazione del processo arbitrale da parte dello stesso consumatore; la manifestazione espressa di quest'ultimo relativa all'accettazione del giudizio arbitrale, proposto su iniziativa della controparte sulla base di una clausola compromissoria⁵⁵.

Infine, il § 4° dell'art. 4, parimenti oggetto di veto presidenziale, aveva la seguente redazione: «Qualora il lavoratore ricopra, o sia chiamato a ricoprire, l'incarico o la funzione di amministratore o di direttore statutario, nei contratti individuali di lavoro potrà essere pattuita una clausola compromissoria, che sarà efficace solo se il lavoratore assume l'iniziativa dell'instaurazione dell'arbitrato o se concorda espressamente con la sua instaurazione». Si trattava di un timido tentativo del Parlamento di aprire una breccia in favore dell'arbitrabilità delle controversie di lavoro, il cui campo di applicazione

53. J.R. de Castro Neves, *Arbitragem nas relações de consumo – uma nova esperança*, cit., 202.

54. J.R. de Castro Neves, *Arbitragem nas relações de consumo – uma nova esperança*, cit., 201.

55. Così R. Loretto Henriki, L. Mayall M. de Araujo, *Relações de consumo, contratos de adesão e arbitragem*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 459 ss., spec. 480. In altre parole, la clausola compromissoria inserita in un contratto per adesione non possiede efficacia vincolante nei confronti del consumatore (come si desume dall'art. 51, inciso VII, del codice di consumo brasiliano), essendo efficace solo rispetto al professionista. Per questa soluzione, si veda Superiore Tribunale di Giustizia, decisione 6 novembre 2012 (*recurso especial* 1.169.841/RJ), secondo cui nei rapporti di consumo quello che viene vietato è «solo l'utilizzazione imposta dell'arbitrato, ciò che non impedisce al consumatore di scegliere il procedimento arbitrale come mezzo adeguato per la risoluzione degli eventuali conflitti sorti in relazione al professionista» (traduzione nostra). Sull'argomento rinviamo a C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 82 ss.

sarebbe stato alquanto limitato, essendo circoscritto a quei lavoratori di elevata posizione economica e professionale (amministratori e direttori statuari), rispetto ai quali la clausola compromissoria nemmeno sarebbe stata efficace, essendo necessaria la loro accettazione espressa quanto allo svolgimento del giudizio arbitrale, dopo l'insorgere della controversia⁵⁶. Pur essendo circondato dalle menzionate cautele, la Presidenza della Repubblica ha ritenuto opportuno mettere il veto sull'art. 4, § 4°, indicando, tra i motivi ostativi alla sua approvazione, quello del rischio dell'assoggettamento al giudizio arbitrale della generalità dei lavoratori subordinati⁵⁷. Il netto (e probabilmente immotivato) rifiuto della Presidenza della Repubblica, quanto alla possibilità di stipulare clausole compromissorie nei contratti individuali di lavoro⁵⁸, è un chiaro indice del fatto che in Brasile è ancora molto forte l'ostilità nei confronti dell'arbitrato nel diritto del lavoro⁵⁹.

56. Per un'analisi dell'art. 4, § 4°, oggetto di veto, si vedano: F. Verçosa, *Arbitragem para a resolução de conflitos trabalhistas no direito brasileiro*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende, cit., 483 ss.; A. Chateaubriand Martins, *A arbitragem nas relações de trabalho: proposta de tratamento legislativo*, in Aa. Vv., *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*, a cura di C.C. Vieira Rocha, L.F. Salomão, cit., 21 ss.

57. Nel messaggio della Presidenza della Repubblica in cui vengono esplicitate le ragioni del veto all'art. 4, § 4°, si legge che: «O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral» (in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm).

58. Per una critica alle ragioni del veto della Presidenza della Repubblica sull'art. 4, § 4°, rinviamo a F. Verçosa, *Arbitragem para a resolução de conflitos trabalhistas no direito brasileiro*, cit., 497.

59. La giurisprudenza dominante del Tribunale Superiore del Lavoro (*Tribunal Superior do Trabalho*) reputa inarbitrabili le controversie di lavoro, qualificando come indisponibili i diritti soggettivi del lavoratore subordinato. In proposito, ricordiamo le seguenti decisioni: 16 settembre 2009, 3° sezione, *recurso* n. 1599-2005-022-02-00, secondo cui «há incompatibilidade insanável da arbitragem com os princípios norteadores do Direito do Trabalho, especialmente os da irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos trabalhistas»; 24 marzo 2010, 8° sezione, *recurso* n. 51085-09.2005.5.10.0014; 20 ottobre 2012, 3° sezione, *recurso* n. 90500-78.2008.5.05.0031. Per altri riferimenti giurisprudenziali si rinvia a L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 92.

Quanto alla dottrina, alcuni autori propendono per l'inarbitrabilità delle controversie di lavoro (C.H. Bezerra Leite, *Curso de direito processual do trabalho*, 7° ed., San Paolo, p. 110). Mentre altri autori sono favorevoli all'arbitrabilità di tali tipo di controversie, si vedano in questo senso: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 39 ss., secondo cui «As causas trabalhistas (...) são, em princípio, arbitráveis, não havendo necessidade de procurara na Lei qualquer menção específica ao Direito do Trabalho para que o mecanismo de solução de controvérsias seja aplicável também às questões laborais». Infine, per L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 95, sono compromettibili le controversie di lavoro, purché vertenti su una relazione giuridica già estinta (contratto di lavoro già concluso) e il lavoratore prenda l'iniziativa di instaurare l'arbitrato.

6. LA CONVENZIONE DI ARBITRATO CONTENUTA NELLO STATUTO DI UNA SOCIETÀ PER AZIONI.

Altra novità rilevante della riforma del 2015 riguarda la disciplina della convenzione di arbitrato inserita nello statuto di una società per azioni, le cui regole vengono dettate dal nuovo art. 136-A della legge n. 6.404, del 15 dicembre del 1976⁶⁰, recante disposizioni sulle società anonime, ossia le società per azioni⁶¹.

60. È, in particolare, l'art. 3 della legge n. 13.129 del 2015 che introduce l'art. 136-A nella legge n. 6.404 del 1976. Tuttavia, per ragioni espositive, abbiamo considerato opportuno alterare l'ordine sistematico della riforma e trattare, fin d'ora, del tema della convenzione di arbitrato in materia societario. Sul punto, si vedano: D. Franzoni, *Arbitragem societária*, San Paolo, 2015, 137 ss.; D. Bushatsky, *A reforma da lei e a arbitragem no direito societário: importância da sociedade empresária, oportunidade de reforço e regramento do instituto e proteção ao acionista minoritário*, in Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodovalho, A. Freire, cit., 145 ss.; M. Barbosa Araújo, *Um regime jurídico mais seguro para a arbitragem societária: o art. 136-A da lei das S/A*, in Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodovalho, A. Freire, cit., 353 ss.; M. Valverde, *Apontamentos sobre a adoção do direito de retirada como solução para a questão da vinculação subjetiva à cláusula arbitral estatutária*, in Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodovalho, A. Freire, cit., 395 ss.; A.C. Weber, *Arbitragem e direito societário*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 59 ss.; Id., *A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso*, Aa. Vv., *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*, a cura di C.C. Vieira Rocha, L.F. Salomão, cit., 1 ss.; F.A. Maciel Müssnich, F.H. Peres, *Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 673 ss.; F.A. Maciel Müssnich, *A cláusula compromissória no direito societário*, in Aa. Vv., *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*, a cura di C.C. Vieira Rocha, L.F. Salomão, cit., 127 ss.; C.L. Marques, C. Costa De Lima, *Anotação ao PLS 406, de 2013 sobre arbitragem*, in *Revista de direito do consumidor*, vol. 91, 2014, p. 407 ss.; G. Leporace, *Cláusulas compromissórias estatutárias. Análise da proposta de nova regulamentação sob a ótica da lógica econômica e da política legislativa*, in *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 40, 2014, p. 63 ss.; R. Ramalho Almeida, G. Leporace, *Cláusulas compromissórias estatutárias: análise sob a ótica da lógica econômica, política legislativa e alguns problemas práticos*, in *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 39, 2013, p. 67 ss.

Per un'analisi comparatistica della disciplina della clausola compromissoria statutaria, che prende in esame il diritto italiano e quello brasiliano, sia permesso di rinviare a G. Bonato, *Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros*, in *Revista de arbitragem e mediação*, v. 46, 2015, p. 337 ss.

61. Ma F.A. Maciel Müssnich, F.H. Peres, *Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso*, cit., p. 691, ritengono che la disciplina di cui all'art. 136-A, della legge n. 6.404 del 1976, si applichi anche alle società a responsabilità limitata.

Non è questa la sede per trattare il tema dell'arbitrato societario nel diritto brasiliano. Possiamo solo ricordare che già con la legge n. 10.303 del 31 ottobre 2001, il legislatore ha chiarito che le controversie in materia societaria sono arbitrabili, introducendo all'art. 109, § 3°, della legge n. 6.404, del 15 dicembre del 1976, la seguente disposizione: «*O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar*». Per gli opportuni approfondimenti, rinviamo alla letteratura specializzata sul punto, tra cui: D. Franzoni, *Arbitragem societária*, cit.; P.A. Batista Martins, *Arbitragem no direito societário*, San Paolo, 2012; A.C. Weber, *Arbitragem e direito societário*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos

Nel *caput* (la prima parte) del citato art. 136-A viene stabilito che: «L'introduzione di una convenzione di arbitrato nello statuto societario, rispettato il *quorum* dell'articolo 136, vincola tutti gli azionisti della società, salvo il diritto di recesso del socio dissidente mediante il rimborso del valore delle sue azioni, ai sensi dell'art. 45». Il § 1° del medesimo art. 136-A aggiunge che: «La convenzione di arbitrato sarà efficace solo dopo il decorso del termine di trenta giorni, che decorrono dalla pubblicazione del verbale dell'assemblea generale che ha approvato tale convenzione». Il diritto di recesso non è, tuttavia, di applicazione generale, poiché la legge non lo attribuisce ai soci dissidenti quando la convenzione di arbitrato statutaria viene inserita nello statuto di una società per azioni c.d. «aperta» e ricorre, altresì, una delle due condizioni previste dall'art. 136-A, § 2°, della legge n. 6.404 del 1976⁶².

La descritta soluzione adottata dalla riforma brasiliana del 2015 in materia di convenzione arbitrale statutaria (che – chiaramente – si ispira alla disciplina dell'arbitrato societario italiano, di cui all'art. 34, comma 6, del decreto legislativo n. 5 del 2003⁶³) è quella più conforme con i principi costituzionali in tema di tutela

Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 59 ss.; M.D. Gonçalves Vileva, *Arbitragem no direito societário*, Belo Horizonte, 2004; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 75 ss.

62. In particolare, il primo caso di esclusione del diritto di recesso si ha quando: «l'introduzione della convenzione di arbitrato nello statuto societario costituisce la condizione affinché i valori mobiliari di emissione della società siano ammessi alla negoziazione nei listini della borsa valori o di un mercato regolamentato, fuori dalla borsa, che richieda la diffusione azionaria minima del 25% (venticinque) delle azioni di ogni tipo o categoria» (art. 136-A, § 2°, inciso I). In questo caso, l'esclusione del diritto di recesso si deve al fatto che la società per azioni tenta entrare in livelli differenziati di *corporate governance* che danno maggiori garanzie agli azionisti di minoranza. In ragione dei vantaggi di cui saranno beneficiati i soci di minoranza dall'ingresso della società in tale livello differenziato, il legislatore ha deciso di non attribuire il diritto di recesso, compiendo una chiara «ponderazione di interessi», come ricordano F.A. Maciel Müssnich, F.H. Peres, *Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso*, cit., 689.

La seconda ipotesi di esclusione del diritto di recesso riguarda l'introduzione di convenzione di arbitrato in uno statuto di una società aperta, le cui azioni sono dotate della caratteristica della liquidità e dispersione nel mercato, «ai sensi dei commi "a" e "b" dell'inciso II dell'art. 137» della legge n. 6.404 del 1976 (art. 136-A, § 2°, inciso II). In questa ipotesi, non è necessario attribuire ai soci di minoranza il diritto di recesso visto che i dissidenti possono vendere facilmente le proprie azioni ed uscire dalla società, senza costringere quest'ultima a rimborsare il valore delle azioni dei soci uscenti. Si vedano ancora F.A. Maciel Müssnich, F.H. Peres, *Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso*, cit., 689, nonché G. Leporace, *Cláusulas compromissórias estatutárias. Análise da proposta de nova regulamentação sob a ótica da lógica econômica e da política legislativa*, cit., 63 ss.

63. Alcune differenze intercorrono tra la disciplina italiana e quella brasiliana, tra cui: il *quorum* di approvazione della deliberazione relativa alla convenzione di arbitrato, che in Italia è di due terzi del capitale sociale, mentre in Brasile è della metà delle azioni con diritto di voto; il diritto di recesso che in Italia viene concesso sia ai soci assenti che a quelli dissidenti, mentre in Brasile viene attribuito solo a questi ultimi; l'assenza di casi di esclusione del diritto di recesso in Italia, a differenza di quanto accade in Brasile, divergenza che si spiega con il fatto che l'arbitrato societario italiano non si applica alle società aperte che partecipano al mercato dei capitali ai sensi dell'art. 2325-bis del codice civile; l'applicazione in Brasile dell'art. 136-A della legge n. 6.404 del 1976 solo in caso di introduzione di convenzione

giurisdizionale dei diritti che vietano la previsione di forme di arbitrato obbligatorio⁶⁴. Si tratta, altresì, di un'innovazione del tutto opportuna⁶⁵, nella misura in cui mette fine

di arbitrato in uno statuto societario, mentre in Italia l'art. 34, comma 6, del decreto legislativo n. 5 del 2003, si applica sia per l'introduzione che per la soppressione di clausole compromissorie (su quest'ultimo punto si veda anche nelle note successive per ulteriori considerazioni). Per un maggiore approfondimento su questi aspetti comparatistici, sia permesso di rinviare nuovamente a G. Bonato, *Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros*, cit., 344 ss. In ogni caso, indipendentemente dalle richiamate divergenze di disciplina intercorrenti tra i due sistemi posti a confronto, è evidente l'influenza che ha giocato il legislatore italiano su quello brasiliano in relazione all'elaborazione della disciplina della convenzione di arbitrato statutaria, come viene riconosciuto dalla dottrina brasiliana (A. Wald, *A reforma da lei de arbitragem*, cit., 211; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., ...; D. Franzoni, *Arbitragem societária*, cit., p. 137; A.C. Weber, *A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso*, cit., 13) e da quella italiana (A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 3). Sull'arbitrato societario italiano segnaliamo, senza pretesa di completezza: P. Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in questa *Rivista*, 2003, 27 ss.; P. Biavati, E. Zucconi Galli Fonseca, *Arbitrato societario*, in Aa.Vv., *Arbitrati speciali*, a cura di F. Carpi, cit., 53 ss.; E. Dalmotto, *L'arbitrato nelle società*, Bologna, 2013; C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., 681 ss.; E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 517 ss.; D. Corapi, *A arbitragem no direito societário italiano*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2014, n. 43, 285 ss.; G. Bonato, *L'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri alla luce della riforma del diritto societario*, in Aa.Vv., *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di L. Lanfranchi, A. Carratta, Torino, 2005, 423 ss.; B. Makant, S. Leongo Queiroz, *Comentários à nova lei sobre arbitragem societária italiana*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2004, n. 3, 293 ss.; G. Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1524 ss.; L. Salvaneschi, *L'arbitrato societario*, in Aa.Vv., *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. Rubino Sammartano, Bologna, 2009, 202 ss.; B. Sassani, B. Guicciardi, *Arbitrato societario*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile, aggiornamento*, vol. I, Torino, 2007, 119 ss.

64. Se, infatti, la riforma dell'arbitrato non avesse concesso il diritto di recesso ai soci dissenzienti, in conseguenza dell'introduzione della convenzione di arbitrato statutaria, la maggioranza dei soci avrebbe potuto imporre l'arbitrato alla minoranza, con conseguente violazione del divieto costituzionale di arbitrato obbligatorio, su cui si vedano nel sistema brasiliano: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 36; A.T. de Abreu Boscolo, G. Valentini Benetti, *O consensualismo como fundamento da arbitragem e os impasses decorrentes do dissenso*, in *Revista de direito empresarial*, 2014, n. 2, 303 ss.; G. Bonato, *Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro*, cit., 59 ss. Quanto alla volontarietà dell'arbitrato nel sistema italiano, si veda N. Trocker, *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. Fazzalari, Napoli, 2006 439 ss., spec. 471 ss.
65. In tal senso, si vedano: A. Wald, *A reforma da lei de arbitragem*, cit., 213, secondo cui la «*reforma legislativa, ao tentar conciliar tendências contrárias, conseguiu soluções equilibradas e equitativas*»; D. Busharsky, *A reforma da lei e a arbitragem no direito societário: importância da sociedade empresária, oportunidade de reforço e regimento do instituto e proteção ao acionista minoritário*, cit., 145 ss.; M. Barbosa Araújo, *Um regime jurídico mais seguro para a arbitragem societária: o art. 136-A da lei das S/A*, cit., p. 379. Ricordiamo che la soluzione adottata nell'art. 136-A era stata difesa in dottrina *de lege ferenda* da L.F. Guerrero, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, cit., 65. Tuttavia, in senso critico rispetto alla disciplina dell'art. 136-A, si vedano: D. Franzoni, *Arbitragem societária*, cit., 137 ss.; M. Valverde, *Apontamentos sobre a adoção do direito de retirada como solução para a questão da vinculação subjetiva à cláusula arbitral estatutária*, cit., 407-408, il quale ammette che, pur non adottando la soluzione migliore, l'art. 136-A presenta aspetti positivi.

ad una discussione della dottrina che si era divisa tra: quegli autori che consideravano necessaria l'unanimità di tutti i soci per introdurre una clausola compromissoria nello statuto di una società⁶⁶; coloro che ritenevano sufficiente una deliberazione assembleare adottata a maggioranza, dalla cui approvazione non sarebbe scaturito un diritto di recesso ai soci di minoranza⁶⁷; coloro, infine, che limitavano l'efficacia della clausola ai soli soci che avessero espressamente manifestato il proprio consenso al riguardo⁶⁸.

A nostro sommo avviso, pur avendo accolto una soluzione opportuna, l'art. 136-A in commento ci sembra criticabile nella parte in cui prevede che esclusivamente l'introduzione e non anche la soppressione di una convenzione di arbitrato attribuisca ai soci dissidenti il diritto di recesso⁶⁹. Sebbene, infatti, non sia possibile riconoscere l'esistenza di un diritto costituzionale all'arbitrato⁷⁰, come accade, invece, per il diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale statale, l'esclusione di una clausola compromissoria contenuta in uno statuto societario dovrebbe conferire anche in Brasile

-
66. Così C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 110-111, secondo cui: «*Caso entretanto a cláusula não tenha sido introduzida no momento da constituição da companhia, somente com o voto de todos os acionistas poderá ser incluída no estatuto (...), eis que estará em jogo direito essencial do acionista*».
67. In questo senso, si vedano: P.A. Batista Martins, *Arbitragem no direito societário*, cit., 106 ss.; R. de Carvalho Aprigliano, *Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário*, in *Revista do advogado*, n. 119, anno 33, 140 ss., spec. 148; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 79; E.S. Munhoz, *A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem*, in Aa.Vv., *Processo societário*, a cura di F.L. Yarshell, G. Setoguti Pereira, San Paolo, 2012, 77 ss., spec. 91.
68. Per questa prospettiva, si vedano: L.F. Guerrero, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, cit., p. 65, per una opinione *de iure condito*; M. Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, 5° ed., San Paolo, 2011, 303 ss.
69. Giova sottolineare, altresì, che né in Brasile né in Italia, la legge prevede alcunché rispetto alle modificazioni di convenzione di arbitrato esistenti. Riteniamo che in tal caso non si applichi il diritto di recesso, trattandosi di modificazioni che non hanno nessuna incidenza sulla scelta tra lo strumento arbitrale e il processo pubblico. Ma in senso contrario, si veda E. Dalmotto, *L'arbitrato nelle società*, cit., 88-89.
70. In relazione al sistema italiano, ricordiamo, tuttavia, che una parte della dottrina ha elaborato un «diritto costituzionale all'arbitrato», tra cui: V. Vigoriti, *L'arbitrato internazionale in Italia*, in Aa.Vv., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, 727 ss.; G. Recchia, «Disponibilità dell'azione in senso negativo» ed incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio, in questa *Rivista*, 1992, 247 ss., spec. 255 ss., secondo cui il diritto all'arbitrato sarebbe un aspetto essenziale del diritto di «disponibilità dell'azione in senso negativo», di cui all'art. 24 Cost.; A. Berlinguer, *Scelta degli arbitri e autonomia delle parti tra diritto comune e disciplina delle opere pubbliche*, in questa *Rivista*, 1998, 522 ss. In senso critico quanto all'esistenza di un diritto costituzionale all'arbitrato, si vedano: G. Ruffini, *Volontà delle parti e arbitrato nelle controversie relative agli appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 2001, 643 ss.; S. Boccagna, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, 198; E. Odorisio, *Arbitrato rituale e «lavori pubblici»*, Milano, 2011, 485 ss.

il diritto di recesso ai soci dissidenti, parimenti a quanto viene stabilito in Italia dalla disciplina dell'arbitrato societario (art. 34, comma 6, decreto legislativo n. 5 del 2003)⁷¹.

Da segnalare, infine, che la riforma del 2015 preferisce non prendere posizione su altre questioni inerenti l'efficacia soggettiva della convenzione di arbitrato statutaria, come quelle relative all'efficacia nei confronti di nuovi azionisti e rispetto agli organi sociali⁷².

7. LE INNOVAZIONI RISPETTO ALLA NOMINA DEGLI ARBITRI.

Altra modifica importante voluta dalla riforma del 2015 è contenuta nell'art. 13, § 4°, LA, il quale – secondo la versione attualmente vigente – dispone che: «Le parti, di comune accordo, potranno disapplicare le disposizioni del regolamento dell'istituzione arbitrale o dell'ente specializzato che limitano, all'interno di una lista di arbitri, la scelta dell'arbitro unico, del co-arbitro o del presidente del collegio arbitrale, salvo il controllo di tale scelta da parte degli organi competenti dell'istituzione; qualora sorgano delle difficoltà e in caso di arbitrato con pluralità di parti, si osserverà quanto disposto nel regolamento applicabile»⁷³.

-
71. L'attribuzione del diritto di recesso ai soci dissidenti in caso di soppressione di una clausola arbitrale ci pare, infatti, essere una soluzione più coerente rispetto alla sostanziale parificazione dell'arbitrato con il processo statale, come si ritiene in base ad una visione moderna dell'arbitrato (C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., p. 32; Id., *A arbitragem como meio adequado de resolução de litígios*, in Aa.Vv., *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, a cura di A. Pellegrini Grinover, A.C. Peluso, M. de Almeida Rocha, Rio de Janeiro, 2011, 199 ss.; Id., *Superior Tribunal de Justiça, segurança pública e arbitragem*, cit., 97; A. Pellegrini Grinover, *Ensaio sobre a processualidade*, cit., 63; C.R. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, cit., 214). In effetti, trattandosi di due strumenti di risoluzione delle controversie posti sullo stesso piano, l'opzione per la tutela statale dovrebbe generare le stesse conseguenze giuridiche della scelta per la tutela arbitrale: i soci di minoranza potrebbero, infatti, avere interesse a restare nella compagine sociale alla condizione che le controversie societarie siano deferite al giudizio di arbitri e non a quello dei giudici statali. In altre parole, la concessione del diritto di recesso non solo in caso di introduzione ma anche in caso di soppressione di una convenzione di arbitrato sarebbe stata – a nostro modesto avviso – la soluzione più ragionevole e opportuna, anche se, come indicato, non costituzionalmente necessaria.
72. Si tratta, infatti, di aspetti dibattuti nella dottrina brasiliana, come abbiamo cercato di ricordare in G. Bonato, *Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros*, cit., 341 ss. Si rinvia anche a: D. Bushatsky, *A reforma da lei e a arbitragem no direito societário: importância da sociedade empresária, oportunidade de reforço e regramento do instituto e proteção ao acionista minoritário*, cit. p. 158 ss.; P.A. Batista Martins, *Arbitragem no direito societário*, cit., 106 ss.; R. de Carvalho Aprigliano, *Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário*, cit., 148
73. La cui versione in lingua originale è la seguente: «As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável». La versione originaria dell'art. 13, § 4°, abrogata dalla riforma del 2015, regolava la designazione del presidente del collegio arbitrale, disponendo che: «Sendo nomeados vários árbitros, estes, por

La prima parte del citato art. 13, §4°, tratta della lista di arbitri nell'ambito dell'arbitrato amministrato⁷⁴. Il motivo per il quale il legislatore della riforma ha ritenuto importante intervenire su questo punto deriva dal fatto che, in Brasile, la stragrande maggioranza delle istituzioni arbitrali predispone una lista di potenziali arbitri, all'interno della quale le parti (o gli organi dell'istituzione) devono o possono (secondo il tipo di regolamento) scegliere coloro che saranno indicati per decidere la controversia⁷⁵. A questo riguardo, alcune istituzioni arbitrali brasiliane adottano il sistema della lista chiusa rispetto all'arbitro unico o al presidente del collegio arbitrale, i quali devono, quindi, essere necessariamente scelti tra coloro che fanno parte dell'elenco predisposto dagli organi dell'istituzione⁷⁶. Altre istituzioni arbitrali

maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso».

Sull'art. 13, § 4°, nella versione attualmente in vigore, si vedano: C.A. Carmona, *As listas de árbitros*, in Aa. Vv., *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*, a cura di C.C. Vieira Rocha, L.F. Salomão, cit., 71 ss.; J.R. Cruz e tucci, *A liberdade das partes na escolha dos árbitros*, in Aa. Vv., *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*, a cura di C.C. Vieira Rocha, L.F. Salomão, cit., 211 ss.; J.R. de Castro Neves, *A escolha do árbitro como fundamento da arbitragem*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 565 ss.; T. Marinho Nunes, *As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras*, in Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodovalho, A. Freire, cit., 543 ss.; V.C. Monteiro de Barros, *A reforma da lei de arbitragem e as listas de árbitros*, in Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodovalho, A. Freire, cit., 583 ss.

74. Come ricorda J.R. de Castro Neves, *A escolha do árbitro como fundamento da arbitragem*, cit., 572, un'istituzione arbitrale può scegliere tra quattro diverse soluzioni in relazione alla nomina degli arbitri: non prevedere nessuna lista di arbitri e lasciare piena e completa libertà alle parti; predisporre liste aperte che hanno solo un valore indicativo e non vincolante; predisporre delle liste chiuse, obbligando le parti a scegliere gli arbitri all'interno dell'elenco; nominare direttamente gli arbitri. Oltre a quelle indicate abbiamo anche delle soluzioni intermedie, come la previsione di liste semi-vincolanti, su cui si veda nel testo.
75. Per un panorama generale dei regolamenti delle principali istituzioni arbitrali brasiliane, si rinvia a V.C. Monteiro de Barros, *A reforma da lei de arbitragem e as listas de árbitros*, cit., 589 ss.
76. È la soluzione adottata dalla CAM (*Câmara da arbitragem e do mercado*), costituita in seno alla BM&FBOVESPA S.A. (*Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros*), il cui art. 3.2.1 del regolamento dispone che: «*O Árbitro Único, que deverá ter necessariamente formação jurídica, será escolhido dentre os membros do Corpo de Árbitros da Câmara de Arbitragem*». L'art. 3.4.1 prevede che: «*O terceiro árbitro deverá ter formação jurídica, e ser escolhido dentre os membros integrantes do Corpo de Árbitros da Câmara de Arbitragem. Na ausência de consenso quanto à sua indicação, esta caberá ao Presidente da Câmara de Arbitragem*». Infine, l'art. 3.7, stabilisce che: «*Os árbitros indicados pelas partes deverão ser, preferencialmente, membros do Corpo de Árbitros da Câmara de Arbitragem. Caso não o sejam, deverão ser confirmados pelo Presidente e por um dos Vice-Presidentes da Câmara de Arbitragem*». Quindi, l'arbitro unico o il presidente del collegio dovranno essere scelti sempre all'interno della lista predisposta dalla istituzione arbitrale; mentre solo i co-arbitri potranno essere persone estranee all'elenco, ma la loro nomina dovrà essere confermata dal presidente o da uno dei vice-presidenti della camera arbitrale. Secondo quanto risulta dalla lettura del sito internet www.bmfbovespa.com.br/pt_br/servicos/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/arbitros (consultato in agosto 2016), la lista degli arbitri è composta da 62 persone, scelte dal consiglio di amministrazione della BM&FBOVESPA.

optano, invece, per il sistema della lista semi-vincolante, lasciando libertà in relazione alla designazione dei co-arbitri e limitando la nomina del solo presidente del collegio arbitrale (o dell'arbitro unico) che deve essere scelto tra coloro che sono inclusi nell'elenco, salva espressa autorizzazione da parte del presidente della camera arbitrale, concessa in casi eccezionali e per motivi fondati⁷⁷. Altre istituzioni, ancora, adottano il sistema della lista aperta di arbitri, che ha solo un valore orientativo e non vincolante, in quanto la camera si limita a suggerire (senza imporre) alcuni nominativi per la formazione del collegio arbitrale⁷⁸. Poche, infine, sono quelle istituzioni brasiliane che non prevedono nessun tipo di lista di arbitri, né chiusa, né semi-chiusa né aperta⁷⁹. Possiamo, quindi, affermare con tranquillità che il sistema della lista di arbitri fa parte della «tradizione» dell'arbitrato brasiliano⁸⁰, il quale pare

77. Si tratta della opzione adottata dalla CAM-CCBC (*Centro de Arbitragem e Mediação* della *Câmara de Comércio Brasil-Canadá*). Si veda, infatti, l'art. 4.9 del regolamento di tale istituzione, secondo cui: «*Decorrido os prazos dos artigos 4.7 e 4.8, a Secretaria do CAM-CCBC notificará aos árbitros indicados pelas partes que deverão, no prazo de 15 (quinze) dias, escolher o terceiro árbitro dentre os membros integrantes do Corpo de Árbitros, o qual presidirá o Tribunal Arbitral.*

4.9.1. *A expressão "Tribunal Arbitral" aplica-se indiferentemente ao Árbitro Único ou ao Tribunal Arbitral.*

4.9.2. *Em caráter excepcional e mediante fundamentada justificativa e aprovação do Presidente do CAM-CCBC, os árbitros escolhidos pelas partes poderão indicar como Presidente do Tribunal, nome que não integre o Corpo de Árbitros»* (www.ccbc.org.br/Portal/Index). Sul punto C.A. Carmona, *As listas de árbitros*, cit., 73, nota 4, ci riferisce che non ci sono state nomine di presidenti di collegi arbitrali non inclusi nella lista di arbitri predisposta dalla CAM-CCBC.

Da ricordare che anche l'art. C.1 del regolamento della CAE (*Câmara de mediação e arbitragem das Eurocâmaras*) prevede un sistema di lista semi-vincolante per tutti gli arbitri che dovranno essere scelti tra i soggetti inclusi nell'elenco predisposto dall'istituzione, salvo deroga. Infatti, le parti, di comune accordo, e con il consenso dell'organo della camera arbitrale, potranno scegliere come arbitri dei soggetti non contemplati dall'elenco (www.euroarbitragem.com.br/pt/arbRegulamento.php).

78. Si tratta della soluzione adottata dall'art. 5.1 del vigente regolamento della *Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem* della CIEPS/FIESP (*Federação das Industrias do Estado de São Paulo*), il quale dispone che: «*Poderão ser nomeados árbitros tanto os membros do Corpo de Árbitros da Câmara como outros que dele não façam parte, desde que não estejam impedidos, nos termos do artigo 5.2.*» (www.ciesp.org.br/down/cma/Regulamentos_de_Arbitragem.pdf). Allo stesso modo l'art. 4.1 del Regolamento della CAMARB (*Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil*) lascia alle parti la libertà di nominare come arbitri anche coloro che non sono inclusi nell'elenco. Tuttavia, la stessa disposizione stabilisce che il presidente del collegio arbitrale deve essere «preferibilmente» scelto tra coloro che fanno parte dell'elenco degli arbitri. Il citato art. 4.1. dispone che: «*Poderão ser nomeados árbitros tanto os integrantes da Lista de Árbitros da CAMARB como outros que dela não façam parte, desde que sejam pessoas capazes e de confiança das partes, devendo o presidente do Tribunal Arbitral ser preferencialmente escolhido entre os nomes que integram a Lista de Árbitros*» (<http://camarb.com.br/regulamento>).

79. È questo il caso del *Centro de Arbitragem e Mediação* da AMCHAM (*Câmara de Comércio Americana em São Paulo*) che preferisce evitare di pubblicare liste o elenchi di arbitri, nemmeno a carattere esclusivamente orientativo per evitare di influenzare, anche solo indirettamente, la volontà delle parti rispetto alla designazione. Si veda sul punto C.A. Carmona, *As listas de árbitros*, cit., 74.

80. Secondo T. Marinho Nunes, *As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras*, cit., 543: «*A existência de uma lista de árbitros virou uma tradição no meio arbitral brasileiro*»; l'A. aggiunge

divergere, per tale aspetto, dalla prassi dominante nello scenario internazionale in cui è lasciata piena libertà alle parti rispetto alla scelta degli arbitri, salvo il successivo controllo della istituzione sulla nomina effettuata⁸¹.

Essendo le liste di arbitri una delle principali caratteristiche dell'arbitrato amministrato in Brasile, è normale che l'art. 13, § 4°, sia stata la disposizione che ha sollevato la discussione più accesa in seno alla Commissione di giuristi che ha elaborato il testo della riforma del 2015⁸². Sul tema si sono, infatti, contrapposte due visioni: quella favorevole ad eliminare il sistema della lista chiusa o semi-vincolante, dovendo essere sempre data prevalenza alla volontà delle parti rispetto alla designazione degli arbitri⁸³; quella tendente ad attribuire all'istituzione arbitrale la possibilità di limitare la scelta degli arbitri con la predisposizione di una lista vincolante, per salvaguardare (in applicazione dell'art. 5, inciso XVII, Cost.⁸⁴) l'autonomia interna delle istituzioni arbitrali, che sono enti di diritto privato⁸⁵.

La riforma del 2015 opta per una soluzione che è stata definita «conciliativa»⁸⁶, ma che, di fatto, pone fine al sistema della lista chiusa e della lista semi-vincolante. Come già indicato, infatti, ai sensi del vigente art. 13, § 4°, le parti, di comune accordo,

che il sistema della lista chiusa di arbitri costituisce «*um dos grandes paradigmas da arbitragem institucional brasileira*».

81. Ricorda J.R. de Castro Neves, *A escolha do árbitro como fundamento da arbitragem*, cit., 572, che le più importanti e influenti istituzioni arbitrali internazionali non predispongono liste di arbitri e lasciano piena libertà alle parti quanto alla scelta dei propri giudici privati, prevedendo solo un controllo successivo quanto alla imparzialità e indipendenza.
- A titolo di esempio ricordiamo né la Camera Arbitrale di Milano (CAM) né la Camera Arbitrale Internazionale di Parigi (ICC) possiedono un elenco di arbitri, come ci ricorda L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., 962. Tale circostanza giustifica lo scarso interesse della dottrina italiana rispetto alla tematica della lista di arbitri, di cui troviamo dei riferimenti in U. Draetta, *Il "rovescio" dell'arbitrato*, Milano, 2010, 141 ss., che si dichiara scettico rispetto a tale prassi, affermando che le liste «finiscono con l'essere di scarsa utilità e poco attendibili», oltre che dannose per le istituzioni e per le parti.
82. Sul punto si veda quanto scritto da due autorevoli membri della Commissione di Giuristi che ha elaborato il testo della riforma dell'arbitrato: C.A. Carmona, *As listas de árbitros*, cit., 80 ss., anche alle note 17 e 18, il quale ricorda che l'art. 13, § 4°, ha dato luogo alla «*discussão mais ácida*» durante i lavori della Commissione; J.R. Cruz e tucci, *A liberdade das partes na escolha dos árbitros*, cit., 212, ci dice che l'art. 13, § 4°, «*gerou franca discussão não apenas intra muros, entre os integrantes da Comissão de Juristas, mas também propiciou manifestação de inúmeros especialistas e de várias câmaras arbitrais*».
83. A favore di questa soluzione, si vedano: J.R. Cruz e tucci, *A liberdade das partes na escolha dos árbitros*, cit., 216-217; A.T. Basilio, A. Freire, T. Rodvalho, *Modernização da lei de arbitragem – algumas reflexões*, in Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodvalho, A. Freire, cit., 49 ss., spec. 59, che definiscono il sistema della lista chiusa di arbitri come una «anomalia», creata dalla prassi brasiliana.
84. Dispone la citata disposizione costituzionale che: «*é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar*».
85. Per questa visione, si veda C.A. Carmona, *As listas de árbitros*, cit., 83.
86. Così, nuovamente, C.A. Carmona, *As listas de árbitros*, cit., 84, il quale parla di un testo di «*conciliação*» a proposito della versione vigente dell'art. 13, § 4°.

possono scegliere liberamente gli arbitri, senza tener conto di quanto previsto nel regolamento dell'istituzione arbitrale, ma a quest'ultima rimane, comunque, il potere di controllare la nomina effettuata dalle parti. In altre parole, grazie alla riforma, le parti possono indicare come arbitri anche dei soggetti che non fanno parte dell'elenco predisposto dall'istituzione arbitrale, la quale, tuttavia, può opporsi alla scelta di determinati arbitri⁸⁷. Se dovesse persistere una divergenza tra le parti e l'istituzione rispetto ai soggetti da nominare come arbitri, quest'ultima può sempre legittimamente rifiutarsi di amministrare l'arbitrato⁸⁸.

La disposizione in commento, di cui all'art. 13, § 4°, è non solo rilevante ma anche opportuna perché, in sostanza, trasforma le liste chiuse e semi-vincolanti di arbitri in liste aperte, dotate di una funzione persuasiva⁸⁹.

La seconda parte del nuovo art. 13, § 4°, dispone che qualora sorgano delle difficoltà in relazione alla nomina degli arbitri, anche derivanti dalla presenza di una pluralità di parti nel procedimento, si applicheranno le disposizioni del regolamento dell'istituzione arbitrale. Si tratta di una disposizione, probabilmente, inutile e superflua, dal momento in cui ribadisce la regola già contenuta nell'art. 5 LA⁹⁰: in caso di arbitrato amministrato, si dovrà seguire quanto disposto dal regolamento dell'istituzione che ha il compito di organizzare il procedimento⁹¹. Alla luce di quanto

-
87. La prassi futura ci dirà in base a quali criteri le istituzioni potranno legittimamente rifiutare la scelta di un determinato arbitro ad opera delle parti. Presumiamo che le istituzioni tenderanno ad accettare la scelta delle parti, a meno che non si tratti di arbitro privo dei requisiti di indipendenza e imparzialità e della necessaria competenza e capacità professionale per svolgere adeguatamente l'incarico. Sull'argomento, si vedano: J.R. de Castro Neves, *A escolha do árbitro como fundamento da arbitragem*, cit., 588, il quale ritiene che l'istituzione potrà rifiutare una nomina di un arbitro considerata «inappropriata»; J.R. Cruz e tucci, *A liberdade das partes na escolha dos árbitros*, cit., 217, secondo cui l'istituzione potrà opporsi alla nomina di quell'arbitro privo dei «requisiti minimi per svolgere, con sicurezza e trasparenza, l'importante ruolo che gli spetta».
88. In materia, si vedano: C.A. Carmona, *As listas de árbitros*, cit., 84; J.R. Cruz e tucci, *A liberdade das partes na escolha dos árbitros*, cit., 217.
89. In senso favorevole alla previsione dell'art. 13, § 4°, si vedano: J.R. Cruz e tucci, *A liberdade das partes na escolha dos árbitros*, cit., p. 216, che parla di una disposizione dettata in base al principio di ponderazione; A. Wald, *A reforma da lei da arbitragem (uma primeira visão)*, cit., che parla di «um justo equilíbrio, garantindo a liberdade e flexibilidade, mas mantendo a ordem e a previsibilidade do processo arbitral que as instituições devem assegurar»; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 203; A.T. Basilio, A. Freire, T. Rodovalho, *Modernização da lei de arbitragem – algumas reflexões*, cit., 59; J.R. de Castro Neves, *A escolha do árbitro como fundamento da arbitragem*, cit., 587 ss.; D. Levy, *Os presságios da reforma arbitral brasileira: as 10 metas para os seus 20 anos*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, 711 ss., spec. 717. In senso critico, si pone C.A. Carmona, *As listas de árbitros*, cit., 84. Sarà, naturalmente, la prassi futura a dirci se il nuovo art. 13, § 4°, avrà reali ripercussioni sulla pratica arbitrale e sui procedimenti di nomina degli arbitri.
90. F. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 208 e 499, ritiene che la seconda parte dell'art. 13, § 4°, contenga una soluzione «inutile» e «innocua».
91. Dispone l'art. 5 della LA: «Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de

disposto nella seconda parte dell'art. 13, § 4°, ci pare che la riforma del 2015 abbia perso un'occasione⁹², lasciando sostanzialmente irrisolto il problema della designazione degli arbitri nell'arbitrato con pluralità di parti. Spetterà, pertanto, alla giurisprudenza brasiliana elaborare una soluzione per permettere la formazione del collegio arbitrale quando l'arbitrato è *ad hoc* o quando il regolamento dell'istituzione arbitrale non preve nulla rispetto alla pluralità di parti⁹³.

acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem».

92. Nella stessa direzione F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 242, sottolinea che la riforma brasiliana del 2015 non ha risolto il problema dell'arbitrato con pluralità di parti, «perdendo un'ottima opportunità al riguardo»; A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 3, mette in rilievo la timidezza del legislatore brasiliano quanto alla disciplina dell'arbitrato con pluralità di parti.

A nostro modesto avviso, sarebbe stato, probabilmente, più opportuno in materia adottare quella che ci sembra essere la soluzione più diffusa in ambito comparatistico: in mancanza di accordo tra le parti sulla nomina di uno o più arbitri, come anche nel caso in cui non ci sia l'aggregazione delle parti in due poli distinti, è il giudice statale (o l'istituzione arbitrale in caso di arbitrato amministrato) a provvedere alla designazione di tutti i membri del collegio, al fine di rispettare il principio della parità delle parti rispetto alla formazione del collegio. Già in precedenza, avevamo sostenuto la nostra preferenza per la soluzione, sia permesso di rinviare a G. Bonato, *Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros*, cit., 350 ss. Tale soluzione è stata adottata, tra l'altro, dalla riforma francese del 2011 che ha modificato l'art. 1453 c.p.c. secondo cui qualora si tratti di un arbitrato con pluralità di parti e queste non si accordino sulle modalità di nomina, sarà la persona incaricata di organizzare l'arbitrato, o in mancanza, il giudice statale a procedere alla designazione di uno o più arbitri (si veda G. Bonato, *L'ultima riforma francese dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2012, 491 ss., spec. 505).

Per le diverse soluzioni previste in Italia nell'arbitrato di diritto comune e nell'arbitrato societario, si rinvia a: L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., 486; C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., 578 ss.; E. Dalmotto, *L'arbitrato nelle società*, cit., 168 ss.; F. Danovi, *Gli arbitri e la loro formazione*, in Aa.Vv., *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. Rubino Sammartano, cit., 351 ss.; G. Bonato, *L'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri alla luce della riforma del diritto societario*, cit., 423 ss.; Id., *Arbitragem societária italiana: análise comparativa sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória e a nomeação dos árbitros*, cit., 350 ss.

93. In realtà, la stragrande maggioranza dei regolamenti delle istituzioni arbitrali brasiliane prevede la regola secondo cui in caso di mancata aggregazione delle parti – ai fini della nomina degli arbitri – in due poli, l'istituzione arbitrale, senza tener conto di alcuna nomina effettuata dalle parti, designerà tutti i membri del collegio arbitrale. Si vedano in Brasile, le seguenti norme: l'art. 9.5 del Regolamento del *Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio (AMCHAM)*; l'art. 30, § 2°, del Regolamento della *Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem*; l'art. 4.16 del Regolamento del *Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canada (CCBC)*; l'art. 3.1 del Regolamento della *Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP*. La stessa soluzione è prevista nell'art. 12 del Regolamento del 2012 della Corte internazionale di arbitrato di Parigi (CCI), nonché nell'art. 15 del Regolamento della Camera arbitrale di Milano del 2010. Per un panorama dei regolamenti arbitrali brasiliani, si vedano: L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 121 ss.; J.R. Cruz e Tucci, *Igualdade é assegurada às partes na composição do painel arbitral*, in www.conjur.com.br

8. LE MODIFICHE RELATIVE AL PROCEDIMENTO ARBITRALE.

Tra le novità più rilevanti e di segno indubbiamente positivo, inserite nel capitolo IV della LA che disciplina il procedimento arbitrale, è da segnalare l'art. 19, § 2°, ai sensi del quale: «L'instaurazione dell'arbitrato interrompe la prescrizione retroattivamente, a partire dalla data dell'istanza del suo promovimento, anche se il processo arbitrale si estingue per difetto di giurisdizione»⁹⁴. La nuova disposizione stabilisce, quindi, che la prescrizione del diritto dedotto in giudizio è interrotta dall'atto dell'instaurazione dell'arbitrato, momento che viene a coincidere con quello della costituzione del collegio arbitrale, ossia dell'accettazione della nomina da parte di tutti gli arbitri⁹⁵. Tuttavia, per evitare che il diritto dedotto si prescriva durante la c.d. fase pre-arbitrale (che va dalla proposizione dell'istanza di promovimento dell'arbitrato alla effettiva instaurazione di quest'ultimo⁹⁶), la riforma del 2015 ha previsto la regola secondo cui l'effetto interruttivo-istantaneo si produce, in via retroattiva, fin dal giorno in cui l'attore ha formulato l'istanza della instaurazione del procedimento («*requerimento*

94. Si vedano sul punto: A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 3, che parla di un «approdo significativo» della riforma del 2015 quanto all'effetto interruttivo della prescrizione; M.R. Mannheimer, *Mudanças na lei de arbitragem*, cit., 55, considera l'art. 19, § 2°, una delle modifiche più importanti apportate alla LA dalla riforma del 2015; M. Cunha Azevedo Neto, *A interrupção da prescrição arbitral em face das alterações introduzidas na Lei n. 9.307/96*, in Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodvalho, A. Freire,

Da sottolineare che la nuova disposizione allinea l'arbitrato con quanto previsto in relazione al processo statale dall'art. 240, § 1°, c.p.c., secondo cui: «*A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação*». Ricordiamo che nel processo di cognizione brasiliano, la domanda dell'attore è portata prima alla conoscenza del giudice e solo successivamente viene notificata al convenuto dopo l'emanazione del decreto di citazione «*despacho citatório*». Per questo motivo, si prevede la regola secondo cui è il decreto di citazione in giudizio che interrompe la prescrizione del diritto dedotto, ma l'effetto interruttivo si produce retroattivamente, fin dalla data del deposito della domanda introduttiva («*protocolo da petição inicial*», di cui all'art. 312). Adottando un principio classico del diritto processuale civile, l'art. 240, § 1°, ammette la produzione dell'effetto interruttivo anche nel caso in cui il decreto di citazione a giudizio sia stato emanato da un giudice incompetente (F. Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. 1, 621-622; H. Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., 570-571).

95. Dispone l'art. 19, caput, che: «*Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários*».

96. In effetti, tra il momento della formulazione dell'istanza di instaurazione dell'arbitrato e quello della effettiva costituzione del collegio arbitrale possono trascorrere diverse settimane, se non alcuni mesi, quindi un lasso di tempo che può essere «lungo e fatale» (C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 142), se non si prevede una regola di interruzione della prescrizione.

Non possiamo addentrarci in questa sede sull'analisi delle fasi di cui si compone l'arbitrato nel sistema brasiliano, rinviando a: C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 110 ss.; P.A. Batista Martins, *As três fases da arbitragem*, in *Revista do advogado AASP*, 2006, vol. XXVI, 87 ss.; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 238 ss.

da *instauração*)⁹⁷. In altre parole, una volta instaurato l'arbitrato, la prescrizione si considera retroattivamente interrotta fin dal giorno in cui la parte ha manifestato la propria intenzione di instaurare il giudizio arbitrale, seguendo le regole formali previste dalla legge⁹⁸.

Nel colmare una lacuna esistente nel sistema brasiliano, l'art. 19, § 2°, è certamente da apprezzare, visto che il rapporto tra arbitrato e prescrizione aveva suscitato vari dubbi e incertezze in Brasile⁹⁹. Tuttavia, una parte della dottrina ritiene (a ragione) ancora non del tutto soddisfacente la regolamentazione del rapporto tra prescrizione e arbitrato, avendo proposto di modificare anche l'art. 202 c.c. brasiliano, inserendo una disposizione che regoli specificamente le ipotesi di interruzione della prescrizione in caso di arbitrato¹⁰⁰. Si tratterebbe, in sostanza, di applicare in Brasile

97. L'art. 19, § 2°, denomina «*requerimento da (...) instauração*» dell'arbitrato il primo atto con il quale la parte manifesta la propria intenzione di promuovere un giudizio arbitrale. In dottrina vengono utilizzate anche espressioni differenti, quali: «*pedido de instituição de procedimento arbitral*» o «*pedido de instauração da arbitragem*» (T.M. Nunes, *Arbitragem e interrupção da prescrição*, cit., p. 504). Quando l'arbitrato è *ad hoc*, una parte notificherà all'altra un «*convite a vir à arbitragem*» (C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 141) come dispone l'art. 6: «*Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral*». Qualora si tratti di un arbitrato amministrato, si seguirà il regolamento della camera arbitrale e la notificazione dell'istanza di promuovere l'arbitrato verrà effettuata con una «*iniciativa junto a uma instituição arbitral*» (C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 141).
98. La soluzione prevista dall'art. 19, § 2°, è coerente, perché l'esternazione dell'intenzione di promuovere il giudizio arbitrale, secondo le forme stabilite dalla legge, costituisce «*indiscutível manifestação de irrisignação em face de uma situação jurídica não desejada, equivalendo para esse efeito, mutatis mutandi, à iniciativa de um processo perante o Poder Judiciário mediante o ajuizamento da petição inicial*» (così ancora C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 143, che prima dell'entrata in vigore della riforma già propugnava la soluzione consacrata nell'art. 19, § 2°, in commento).
99. Per le questioni sorte anteriormente alla riforma del 2015 sul rapporto tra arbitrato e prescrizione, si veda T.M. Nunes, *Arbitragem e prescrição*, San Paolo, 2014.
100. Per questa prospettiva si veda T.M. Nunes, *A arbitragem e a interrupção da prescrição*, cit., 531, il quale, in particolare, propone di inserire tra i casi di interruzione della prescrizione, previsti dall'art. 202 del codice civile brasiliano, anche quello: della stipulazione di un compromesso; del deposito dell'istanza di instaurazione dell'arbitrato presso l'organo competente dell'istituzione arbitrale (qualora si tratta di arbitrato istituzionale); della notificazione alla controparte dell'atto con cui l'attore manifesta la propria intenzione di promuovere il giudizio arbitrale. Concordiamo con quanto scritto dall'A., in quanto l'aver ancorato la produzione (retroattiva) dell'effetto interruttivo-istantaneo della prescrizione all'instaurazione dell'arbitrato potrebbe infatti creare un vuoto di tutela, qualora l'attore abbia formulato l'istanza di instaurazione del giudizio arbitrale, ma poi non si giunga all'effettiva costituzione del collegio arbitrale. Nella stessa linea anche D. Levy, *Os presságios da reforma arbitral brasileira: as 10 metas para os seus 20 anos*, cit., 719, ritiene che sarebbe stato più opportuno stabilire che la prescrizione venga interrotta dal «*simples requerimento*» dell'instaurazione dell'arbitrato e non dall'effettiva instaurazione di quest'ultimo.

una regola simile a quella prevista dall'art. 2943 c.c. italiano in relazione alla domanda di arbitrato¹⁰¹.

Tra l'altro, poiché l'art. 202 c.c. non tratta dell'arbitrato, tale lacuna potrebbe suscitare dei dubbi in relazione alla produzione dell'effetto sospensivo della prescrizione al giudizio arbitrale, di cui al § unico del citato articolo¹⁰². Crediamo che non sussistano fondate ragioni per non applicare l'art. 202, § unico, al processo arbitrale¹⁰³. Tuttavia, sarebbe stato, probabilmente, opportuno un intervento chiarificatore del legislatore della riforma del 2015 nella direzione precedentemente indicata.

Consacrando quanto già utilizzato nella pratica, la riforma del 2015 introduce una disposizione sull'atto di missione, che l'art. 19, § 1°, chiama «*adendo*», considerato parte integrante della convenzione di arbitrato¹⁰⁴. Il citato art. 19, § 1°, dispone, in particolare, che: «Una volta instaurato il procedimento arbitrale, qualora l'arbitro o il collegio arbitrale ritengano che sia necessario precisare una questione che fa parte della convenzione di arbitrato, verrà redatto, con le parti, un documento complementare sottoscritto da tutti il quale farà parte integrante anch'esso della convenzione di arbitrato».

Da notare anche la benefica abrogazione dell'art. 25 della LA¹⁰⁵, secondo cui qualora fosse sorta una questione pregiudiziale su un diritto indisponibile, dalla quale dipendeva la soluzione della controversia oggetto dell'arbitrato, gli arbitri avrebbero dovuto sospendere il procedimento e rimettere le parti davanti al giudice statale. Decisa dal giudice statale la questione pregiudiziale non compromettibile, la parte interessata avrebbe dovuto depositare presso gli arbitri copia della sentenza passata in giudicato relativa alla questione pregiudiziale e l'arbitrato sarebbe, quindi, proseguito¹⁰⁶. L'abrogato art. 25 LA era frutto di una visione superata che incideva

101. Sugli effetti della domanda di arbitrato nel sistema italiano, rinviamo a L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., 246 ss.

102. Dispone l'art. 202, § unico, che: «La prescrizione interrotta ricomincia a decorrere dalla data dell'atto che l'ha interrotta o dell'ultimo atto del processo per interromperla». Ciò significa che durante il processo statale la prescrizione non corre e rimane sospesa fino al momento della chiusura del processo con sentenza, come spiega H. Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. I, cit., 570: «*Verificada a interrupção pela citação, o fluxo prescricional permanecerá paralisado durante toda a duração do processo, recomeçando a correr, por inteiro, do ato que lhe puser fim*».

103. Concordiamo pienamente con C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 143, che non applicare l'art. 202, § unico, all'arbitrato «*privilegiaria indevidamente as demoras fora do controle do titular do possível direito, em confronto ético com a regra da excepcionalidade da prescrição da vida dos direitos*».

104. Come ci ricorda L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 285, in Brasile l'atto di missione viene denominato come «*ata de missão*», «*termo de arbitragem*» o anche «*termo de referência*».

105. L'art. 25 LA è, in realtà, contenuto nel capo V che contiene la disciplina del lodo arbitrale. Tuttavia, per ragioni espositive, abbiamo ritenuto opportuno trattare dell'abrogata disposizione sulla pregiudizialità all'interno del paragrafo relativo al procedimento arbitrale.

106. L'art. 25 LA conteneva una disciplina simile a quella dell'art. 819 c.p.c. italiano (nella versione abrogata e anteriore alla riforma del 2006), come ricordano anche: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*,

negativamente sull'arbitrato e rischiava di ritardare a dismisura la pronuncia del lodo, in ragione dell'attesa della pronuncia incontrovertibile del giudice statale sulla questione pregiudiziale¹⁰⁷. L'eliminazione della regola, di cui all'art. 25 LA, è pertanto salutare¹⁰⁸: attualmente anche in Brasile agli arbitri potranno conoscere *incidenter tantum* delle questioni pregiudiziali non compromettibili, come già previsto in Italia grazie alla riforma del 2006¹⁰⁹.

Infine, relativamente ad aspetti attenti al procedimento arbitrale, possiamo notare che la riforma del 2015 ha preferito non dettare regole sull'intervento di terzi nel giudizio arbitrale¹¹⁰, rimettendo, pertanto, la soluzione delle questioni ad esso inerenti alla giurisprudenza e ai regolamenti delle istituzioni arbitrali¹¹¹.

9. LE NUOVE DISPOSIZIONI SU ARBITRATO E TUTELA CAUTELARE.

Degne di nota sono le nuove disposizioni disciplinanti i rapporti tra tutela cautelare e arbitrato, contenute nel nuovo capitolo IV-A, intitolato «Delle tutele cautelari e

cit., 364, anche in nota; A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 3. Da segnalare che prima della riforma del 2015, in Brasile una parte dottrina aveva proposto un'interpretazione restrittiva dell'abrogato art. 25 LA che avrebbe permesso agli arbitri di conoscere in via meramente incidentale le questioni pregiudiziali non compromettibili (J.C. Barbosa Moreira, *La nuova legge brasiliana sull'arbitrato*, cit., 7-8; E.F. Ricci, *Lei de arbitragem brasileira*, cit., 176; C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 168 ss.). Si trattava di una soluzione analoga a quella proposta in Italia prima della riforma del 2006 per limitare l'applicazione dell'art. 819 (redazione vigente prima del 2006), su cui si veda, per tutti, F. Danovi, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 117 ss.

107. A proposito del sistema della pregiudizialità nel giudizio arbitrale C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 364, parlava di un «*sistema antiquado*».

108. In senso favorevole all'abrogazione dell'art. 25 LA, si veda F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 508.

109. Sul punto si veda A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 3. Sulla vigente disciplina italiana della pregiudizialità nel giudizio arbitrale si rinvia a: L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., p. 641 ss.; C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II, cit., 178 ss.

110. Sul tema dell'intervento dei terzi nel giudizio arbitrale in Brasile, si vedano: P.A. Batista Martins, *Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2012, n. 33, 245 ss.; N. Mazzonetto, *Partes e terceiros na arbitragem, dissertação de mestrado*, USP, 2012.

111. N. Mazzonetto, *A discussão em torno dos terceiros na arbitragem e a modernização da Lei de Arbitragem Brasileira*, in Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodvalho, A. Freire, cit., spec. 460, considera tale scelta del legislatore della riforma del 2015 come opportuna. L'A. ricorda, altresí, che in realtà solo il Regolamento della *Câmara de Arbitragem e do Mercado* (CAM) contiene, all'art. 6, una disciplina espressa dell'intervento di terzi (http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/servicos/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/regulamentacao)

di urgenza»¹¹². Viene, conseguentemente, abrogata la disposizione contenuta nella versione originaria dell'art. 22, § 4°, LA, la cui formulazione letterale poteva indurre a ritenere che gli arbitri si sarebbero dovuti rivolgere al giudice statale per ottenere la concessione di una misura cautelare¹¹³.

Gli articoli 22-A e 22-B, attualmente vigenti, ripartiscono le competenze tra giudici statali e arbitri per l'emanazione di provvedimenti cautelari, nella forma seguente. Prima dell'instaurazione del procedimento arbitrale, le parti si devono rivolgere al giudice statale per ottenere la concessione di misure cautelari o di urgenza (art. 22-A, *caput*). In questa ipotesi, l'art. 22-A, § unico, impone alla parte interessata l'onere di instaurare il procedimento arbitrale entro trenta giorni, decorrenti dalla data di efficacia del provvedimento cautelare o di urgenza, pena l'inefficacia di quest'ultimo¹¹⁴.

112. Sul tema, si vedano: C.C. Vieira Rocha, *Medidas cautelares e urgentes na arbitragem: nova disciplina normativa*, Aa. Vv., *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*, a cura di C.C. Vieira Rocha, L.F. Salomão, cit., 43 ss.; P. Osternack Amaral, *O regime das medidas de urgência no processo arbitral*, in AA.VV., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodovalho, A. Freire, cit., 461 ss.; C. de melo Valença Filho, J. Bosco Lee, *O árbitro, o juiz e a distribuição da tutela de urgência*, in Aa.Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende, cit., 649 ss.; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 289; A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 4;

113. L'art. 22, § 4°, nella sua versione abrogata, disponeva che: «Salvo quanto disposto nel § 2°, quando sono necessarie misure coercitive o cautelari, gli arbitri possono chiederle all'organo giurisdizionale che sarebbe stato, originariamente, competente per giudicare il merito della controversia». Tale disposizione veniva interpretata in maniera riduttiva, al fine di dotare gli arbitri del potere di emanare misure cautelari dopo la costituzione del collegio. Per maggiori informazioni sui rapporti tra tutela cautelare e arbitrale nel sistema previgente alla riforma del 2015, rinviamo a: C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 226, secondo il quale l'art. 22, § 4°, LA, ammetteva, «implicitamente ma molto chiaramente», il potere degli arbitri di emanare misure cautelari; E. Talamini, *Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2015, n. 46, p. 287 ss. P. Osternack Amaral, *O regime das medidas de urgência no processo arbitral*, cit., 463 ss.; C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 322 ss.; Id., *Árbitros e juizes: guerra ou paz?*, in Aa.Vv., *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*, a cura di P.A. Batista Martins, S.M. Ferreira Lemes, C.A. Carmona, Rio de Janeiro, 1999, 432 ss.; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 359 ss.; F.L. Yarshell, L. Britto Mejias, *Tutelas de urgência e produção antecipada da prova à luz da Lei n. 13.129/2015*, cit., 239; C.C. Vieira Rocha, *Medidas cautelares e urgentes na arbitragem: nova disciplina normativa*, cit., 48 ss. Come vedremo nel testo, la riforma in commento accoglie la menzionata interpretazione dottrinarie e giurisprudenziale in tema di rapporti tra tutela cautelare e arbitrato.

114. Se si tratta di clausola compromissoria valida e pienamente efficace e in caso di arbitrato istituzionale, la parte interessata dovrà promuovere l'instaurazione dell'arbitrato ai sensi dell'art. 5 LA: è la domanda di arbitrato presentata davanti agli organi della istituzione, secondo il regolamento arbitrale, che evita la perdita di efficacia della misura cautelare concessa. Mentre, in caso di arbitrato *ad hoc*, ai fini dell'art. 22-A, la parte interessata proporrà la domanda di arbitrato, manifestando all'altra parte la propria intenzione di dare inizio al procedimento, a mezzo posta o mediante qualsiasi altro mezzo idoneo di comunicazione, dando prova della ricezione dell'atto (P. Osternack Amaral, *O regime das medidas de urgência no processo arbitral*, cit., 472). Ad ogni modo, ricordiamo che è la proposizione della domanda di arbitrato (e non la costituzione del collegio arbitrale) che permette di mantere

Una volta instaurato l'arbitrato, la competenza per emanare misure cautelari o di urgenza spetta agli arbitri (art. 22-B, § unico)¹¹⁵, i quali hanno il potere di modificare o revocare la misura concessa in precedenza dal giudice statale (art. 22-B, *caput*)¹¹⁶.

In tema di rapporti tra tutela cautelare e arbitrale, la riforma del 2015 configura un «sistema equilibrato, lodevolmente assai sintetico dal punto di vista del *wording* normativo e senza fughe precipitose»¹¹⁷; ciò nonostante, il capitolo IV-A solleva alcune perplessità.

Innanzitutto, il capitolo IV-A nasce «vecchio»¹¹⁸. Pur essendo temporalmente successiva (di pochi mesi) all'emanazione del c.p.c. del 2015, la riforma dell'arbitrato non tiene conto di quest'ultimo e della nuova sistematica adottata in materia di tutela provvisoria, che si divide in due categorie: la tutela di urgenza (composta, a sua volta, dalla tutela anticipatoria-satisfattiva e dalla tutela cautelare-conservativa); la tutela di evidenza. Inoltre, il richiamo alle misure cautelare e a quelle di urgenza, compiuto dagli artt. 22-A e 22-B, sembra contrapporre i due tipi di tutela in discorso, mentre, come appena accennato, secondo la classificazione processuale brasiliana la tutela di urgenza è una categoria generale che comprende le due forme della tutela cautelare-conservativa e di quella anticipatoria-satisfattiva¹¹⁹. Probabilmente

l'efficacia della misura cautelare o di urgenza concessa dal giudice statale, come anche ritengono C. de melo Valença Filho, J. Bosco Lee, *O árbitro, o juiz e a distribuição da tutela de urgência*, cit., 666.

115. Non essendoci nessuna restrizione normativa, gli arbitri possono emanare ogni tipo di provvedimento provvisorio fondato sull'urgenza, anche di tipo anticipatorio, come riferisce P. Osternack Amaral, *O regime das medidas de urgência no processo arbitral*, cit., 463.

116. Il conferimento agli arbitri del potere di modificare e revocare la misura cautelare, concessa dal giudice statale, era già stata riconosciuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina, si vedano: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit, 322 ss.; Superiore Tribunale di Giustizia, decisione del 21 giugno 2012, *agravo regimental 19226/MS*, secondo cui «*Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão*». La soluzione, di cui all'art. 22-B, *caput*, LA, è, pertanto, opportuna, come anche ritengono: P. Osternack Amaral, *O regime das medidas de urgência no processo arbitral*, cit., 470; A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 4; C. de melo Valença Filho, J. Bosco Lee, *O árbitro, o juiz e a distribuição da tutela de urgência*, cit., 666, i quali specificano che la revoca e la modifica del provvedimento cautelare, emanato dal giudice statale, può avvenire in sede arbitrale con un lodo o con un'ordinanza.

117. Così A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 4.

118. In tal senso F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 504.

119. Per maggiori ragguagli sulla tutela provvisoria nel nuovo c.p.c. brasiliano, sia permesso di rinviare a G. Bonato, *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*, in *Revista de processo comparado*, 2016, n. 4, e in www.judicium.it, spec. § 4 ss. In questa sede, possiamo solo sottolineare che la terminologia processuale utilizzata in Brasile per la tutela di urgenza è parzialmente differente rispetto a quella usata in Italia.

sarebbe stato più opportuno il riferimento alla sola tutela di urgenza all'interno del capitolo IV-A¹²⁰.

In ogni caso, facendo l'art. 22-A riferimento alle sole misure cautelari e di urgenza, deve essere escluso che i giudici statali possano emanare un provvedimento in materia di tutela di evidenza prima dell'instaurazione dell'arbitrato, anche in ossequio al principio di non interferenza¹²¹.

Possiamo, infine, in questa sede, solo accennare al fatto che la legge (né il c.p.c. né la LA) non prevede alcunché quanto all'applicabilità del meccanismo della stabilizzazione della misura anticipatoria di urgenza, di cui all'art. 304 c.p.c., concessa dal giudice statale prima dell'inizio dell'arbitrato (c.d. *tutela antecipada pré-arbitral*)¹²². Restano, pertanto, aperte due opzioni interpretative. Una prima opzione, in base alla quale sarebbe da ritenere che anche in caso di stipulazione di una convenzione di arbitrato, il provvedimento anticipatorio di urgenza, emanato dal giudice statale, sia dotato di effetti ultrattivi e che, pertanto, la parte interessata non sia onerata ad instaurare l'arbitrato¹²³. Seguendo una seconda prospettiva, si potrebbe considerare che l'art. 304 si applichi solo al processo statale e che, pertanto, la conservazione degli effetti del provvedimento anticipatorio di urgenza dipenda dall'assolvimento

A grandi linee, possiamo notare che l'ambito della tutela di urgenza brasiliana corrisponde a quello della tutela cautelare italiana e, in particolare, che: la tutela anticipatoria di urgenza brasiliana coincide con la tutela cautelare italiana tendente ad anticipare gli effetti della tutela finale (a strumentalità attenuata); mentre la tutela cautelare di urgenza brasiliana corrisponde alla tutela cautelare italiana a strumentalità forte, che ha una finalità essenzialmente conservativa e che tende a cristallizzare una situazione di fatto o di diritto. Per un'esauritiva analisi comparatistica della tutela di urgenza nel sistema brasiliano e in quello italiano, si veda: E. Andrade, *A técnica da tutela sumária no direito italiano*, in *Revista de processo*, 2010, n. 179, 175 ss.

120. Così anche F.L. Yarshell, L. Britto Mejias, *Tutelas de urgência e produção antecipada da prova à luz da Lei n. 13.129/2015*, cit., 242.

121. In questo senso, si vedano: F.L. Yarshell, L. Britto Mejias, *Tutelas de urgência e produção antecipada da prova à luz da Lei n. 13.129/2015*, 243. La tutela di evidenza è una delle forme della tutela provvisoria brasiliana che prescinde dalla condizione dell'urgenza. Si rinvia nuovamente a G. Bonato, *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*, cit., § 4 ss.

122. E. Talamini, *Arbitragem e estabilização da tutela antecipada*, in *Revista de processo*, 2015, n. 246, 455 ss., utilizza l'espressione «*tutela antecipada pré-arbitral*» per riferirsi alla misura emanata da un giudice statale prima dell'instaurazione dell'arbitrato. Come detto nel testo, non è questa la sede per approfondire il discorso sul meccanismo della stabilizzazione della misura anticipatoria di urgenza concessa in via antecedente (alla proposizione della domanda di tutela finale), rispetto al quale sia permesso di rinviare ancora a G. Bonato, *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*, cit., § 6 ss.

123. Tale soluzione sembra più in linea con l'idea del nuovo codice di evitare di onerare la parte alla proposizione di un giudizio di cognizione piena sulla tutela definitiva, anche nel caso in cui tale giudizio sia di tipo arbitrale.

dell'onere di chiedere l'instaurazione del giudizio arbitrale¹²⁴. La giurisprudenza dei prossimi anni dovrà pronunciarsi sul punto e scegliere tra le due descritte opzioni interpretative.

10. LA CARTA ARBITRALE E IL SISTEMA DELLA COOPERAZIONE TRA GIUDICI STATALI E ARBITRI.

Allo scopo di perfezionare il sistema della cooperazione del giudice statale con l'arbitrato, la riforma del 2015 introduce l'istituto della carta arbitrale, cui viene dedicato un apposito capitolo IV-B, che contiene solo l'art. 22-C, ai sensi del quale: «L'arbitro o il collegio arbitrale potrà inviare una carta arbitrale di modo che l'organo giurisdizionale nazionale esegua o faccia eseguire, all'interno della sua area di competenza territoriale, un atto richiesto dall'arbitro»¹²⁵. L'art. 22-C, § unico, della LA stabilisce, inoltre, che: «Nell'adempimento della carta arbitrale sarà osservato il segreto giudiziario, purché venga dimostrata la riservatezza pattuita nell'arbitrato». Nella stessa linea l'art. 189, IV, c.p.c., indica che le carte arbitrali e gli atti processuali statali relativi a procedimenti arbitrale saranno coperti dal segreto giudiziario (vedi anche *infra*). Della carta arbitrale si occupa anche il nuovo c.p.c. del 2015 nell'art. 260, § 3°, in cui viene indicato, in maniera dettagliata, il contenuto dell'atto in esame¹²⁶.

La carta arbitrale consiste, sostanzialmente, in una «richiesta di ausilio» formulata dall'arbitro al giudice statale e può riguardare «qualsiasi atto o incombente necessario»¹²⁷. La riforma del 2015 istituisce, quindi, un meccanismo di comunicazione

124. Per questa seconda soluzione, si veda E. Talamini, *Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015*, cit., 313; Id., *Arbitragem e estabilização da tutela antecipada*, cit., spec. 480-481, secondo cui è inapplicabile il meccanismo della stabilizzazione della misura anticipatoria di urgenza, di cui all'art. 304, rispetto ad una «*tutela judicial antecipada pré-arbitral*», sussistendo, quindi, un onere per la parte interessata di formulare «*un simples requerimento da instauração da arbitragem*» (non di proporre una formale domanda di arbitrato), al fine di mantenere gli effetti della misura anticipatoria di urgenza. Seguendo tale prospettiva, sussisterebbe una relazione di necessaria strumentalità tra provvedimento anticipatorio di urgenza e giudizio arbitrale che, invece, il nuovo c.p.c. ha voluto eliminare rispetto al giudizio statale.

125. Nell'introdurre la carta arbitrale la riforma accoglie gli auspici di una parte della dottrina brasiliana e di gruppi di ricerca in materia di arbitrato, tra cui la *Comissão de Arbitragem e a Procuradoria-Geral da OAB-RJ* e il *Grupo de Pesquisa em Arbitragem* della PUC-SP, come riferisce F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 312.

126. Come dispone l'art. 260, § 3, la carta arbitrale deve indicare la convenzione di arbitrato, la prova della nomina dell'arbitro e dell'accettazione della sua funzione e, altresì, rispettare i requisiti previsti in generale per gli atti di richiesta di ausilio tra giudici statali, chiamate «*cartas de ordem, precatória e rogatória*», la cui disciplina si trova sempre nel medesimo art. 260.

127. Così, sinteticamente, A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 6; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, 315, definisce la carta arbitrale come un «*ato objeto de pedido de cooperação*». In materia, si veda anche M.J. Magalhães Bonicio, *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*, cit., 234.

formale e completo tra giudici statali e arbitri¹²⁸. Si ritiene, comunque, che gli arbitri e i giudici statali possano collaborare tra loro in riferimento alla richiesta di informazioni e in materia di prova anche «*por intermédio de simples ofício*» (una «semplice istanza»), ossia attraverso un atto deformalizzato, non solo quindi usando l'istituto della carta arbitrale¹²⁹.

Deve essere sottolineato che la carta arbitrale non è l'unica forma di collaborazione giudiziaria destinata a permettere un corretto svolgimento del procedimento arbitrale, in quanto la LA contiene anche l'art. 22, § 2, secondo cui «l'arbitro, o il presidente del collegio arbitrale, potrà richiedere all'autorità giudiziaria che ordini la comparizione del testimone recalcitrante, provando l'esistenza della convenzione di arbitrato». Si tratta di un meccanismo di ausilio giudiziario in materia istruttoria già previsto dalla versione originaria della LA del 1996¹³⁰ e che, come noto, ritroviamo anche nel sistema italiano all'art. 816-ter, comma 3, come modificato dalla riforma del 2006¹³¹. A proposito di attività istruttoria e arbitrato, possiamo notare che la riforma brasiliana perde un'occasione, poiché non disciplina l'istituto della testimonianza scritta, che una parte della dottrina brasiliana considera già implicitamente ammissibile¹³².

11. LE NOVITÀ RELATIVE AL LODO ARBITRALE.

Il capitolo V della LA contiene la disciplina del lodo arbitrale che – come già ricordato – produce, tra le parti e i suoi successori, gli stessi effetti prodotti dalla sentenza togata (art. 31 LA), è titolo esecutivo giudiziale (art. 515, inciso VII, c.p.c.)¹³³, nonché titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 495 c.p.c.)¹³⁴. Il lodo arbitrale

128. Così F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, 315; J.T. de Paiva Muniz, J.M.R. Martins da Silva, *A carta arbitral*, in AA.VV., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende, cit., 311 ss., spec. 323.

129. In tal senso, si vedano: J.T. de Paiva Muniz, J.M.R. Martins da Silva, *A carta arbitral*, cit., 315, che ritengono ammissibile l'uso della «semplice istanza» quando non si richiede l'uso di potere coercitivo.

130. Così C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 317.

131. Sul punto, si vedano: C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., 263, che valuta positivamente la disposizione in esame «ai fini della effettività della tutela *apud arbitros*»; L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., 443, che parla di «salutare innovazione».

132. Per C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 320 ss., l'istituto della testimonianza scritta sarebbe già ammissibile nel giudizio arbitrale. Sulla testimonianza scritta nel diritto italiano dell'arbitrato, di cui all'art. 816 ter, comma 3, c.p.c., si vedano: C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., 265, con considerazioni critiche rispetto ai principi dell'immediatezza e alla garanzia costituzionale del contraddittorio; L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., 442, che ritiene la testimonianza scritta uno «strumento di accelerazione dell'istruttoria».

133. Sul punto, si vedano L.G. Marinoni, S. Cruz Arenhart, D. Mitidiero, *Novo curso de processo civil*, vol. 3, cit., 513, i quali criticano l'art. 515, VII, c.p.c., nella parte in cui conferisce la natura di titolo esecutivo giudiziale al lodo, in quanto sarebbe stato più opportuno, nell'ottica degli AA., denominare l'atto in discorso come «*título semi-judicial*» e prevedere un regime specifico di esecuzione.

134. Sulla disciplina in generale della sentenza arbitrale, si vedano: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 268 ss.; C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 173 ss.; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 414 ss.; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 319 ss.

diviene incontrovertibile, una volta decorso il termine di 90 giorni per proporre l'impugnazione per nullità (*ação de declaração de nulidade*)¹³⁵.

La riforma del 2015 incide anche sul capitolo V, introducendo alcune novità rispetto al lodo e alla sua impugnazione (queste ultima saranno trattate nel paragrafo successivo).

Rispetto alla decisione arbitrale, adottando una soluzione già contemplata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, la riforma aggiunge una nuova disposizione, di cui all'art. 23, § 1°, ai sensi del quale: «Gli arbitri possono emanare lodi parziali»¹³⁶. La previsione della possibilità di emanare lodi parziali è un'innovazione legislativa opportuna, in quanto, nel codificare una prassi già presente nella pratica brasiliana dell'arbitrato¹³⁷, chiarisce ogni dubbio sul potere degli arbitri di organizzare in maniera più flessibile la decisione della controversia, frazionandola in più decisioni¹³⁸. Viene, conseguentemente, modificato l'art. 33, § 1°, relativo all'impugnazione per nullità, al cui interno si distinguono due tipi di lodi: quello «finale» (che definisce il giudizio arbitrale)¹³⁹, quello «parziale»; per entrambi i tipi di lodi, il termine per proporre l'impugnazione per nullità è di 90 giorni che decorrono dall'avvenuta comunicazione della decisione arbitrale o del provvedimento che conclude il procedimento di correzione-integrazione¹⁴⁰. La lettera dell'art. 33, § 1°, non sembra lasciare dubbi

135. Come indicato precedentemente, in Brasile la dottrina nettamente dominante ritiene che il lodo arbitrale produca la cosa giudicata materiale, una volta decorso il termine di 90 giorni per proporre l'impugnazione per nullità, sebbene non manchino posizioni diverse (vedi *retro* § 2).

136. Sulla disciplina dei lodi parziali nella LA riformata, si rinvia a: E. Arruda Alvim, *Sentença parcial e arbitragem – inovações do projeto de lei n. 406/2013, do Senado Federal*, in Aa. Vv., *Arbitragem e mediação. A reforma da legislação brasileira*, a cura di C.C. Vieira Rocha, L.F. Salomão, cit., 87 ss.; J.A. Fichtner, S.N. Mannheimer, A.L. Monteiro, *A sentença parcial na reforma da lei de arbitragem brasileira*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 535 ss.; A.C. Dall'Agnol, P.C. De castro e martini, *A sentença arbitral parcial: novos paradigmas?*, in Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodvalho, A. Freire, cit., 17 ss.

Per l'ammissibilità dei lodi parziali anche prima della riforma del 2015, si vedano: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 344 ss.; Id., *Ensaio sobre a sentença arbitral parcial*, in *Revista de processo*, n. 165, 2008, 9 ss.; C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 176 ss.; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 431; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 335 ss.; G. Giusti, R. Dalmaso Marques, *Sentenças arbitrais parciais: uma análise prática*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2010, n. 26, 46 ss.

137. A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 2, parla di una disposizione che va a colmare una «mera dimenticanza normativa».

138. Così F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 507.

139. La dottrina (J.A. Fichtner, S.N. Mannheimer, A.L. Monteiro, *A sentença parcial na reforma da lei de arbitragem brasileira*, cit., 545) parla anche di «*sentença arbitral global*».

140. Dispone l'art. 33, § 1°, che: «*A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o*

in riferimento all'onere di impugnare immediatamente il lodo parziale, escludendo la possibilità di una sua impugnazione differita insieme al lodo finale¹⁴¹. Se non impugnato nel termine di 90 giorni, il lodo parziale diviene, pertanto, immutabile e incontrovertibile¹⁴².

Al contrario di quanto avviene nel sistema italiano, in cui l'art. 827 c.p.c. fornisce un'indicazione rispetto al contenuto del lodo parziale e di quello non definitivo¹⁴³, il legislatore brasiliano non prevede nessun criterio in relazione al contenuto del lodo parziale, limitandosi a contrapporlo al lodo finale¹⁴⁴. Anche basandoci su quanto scritto dalla dottrina brasiliana, possiamo, senza dubbio, affermare che è un lodo parziale quello con cui gli arbitri decidono una o alcuna delle domande cumulate, rinviando la decisione delle altre domande ad un successivo lodo¹⁴⁵. È parimenti un lodo parziale quello di condanna generica¹⁴⁶. Riteniamo che sia un lodo parziale anche quello con il quale gli arbitri affermano la propria competenza a decidere la controversia, dichiarando, ad esempio, la validità della convenzione di arbitrato¹⁴⁷. Gli arbitri emanano, al contrario, una decisione interlocutoria – una «*ordem processual*»,

recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos».

141. Così A.C. Dall'Agnol, P.C. De castro e martini, *A sentença arbitral parcial: novos paradigmas?*, cit., 32; J.A. Fichtner, S.N. Mannheimer, A.L. Monteiro, *A sentença parcial na reforma da lei de arbitragem brasileira*, cit., 550; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 398; C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 179. Anteriormente alla riforma del 2015 si vedano: D. Armelin, *Notas sobre sentença parcial e arbitragem*, in *Revista de arbitragem e mediação*, n. 18, 2008, 300 ss.; E. Parente, *Processo arbitral e sistema*, cit., 277.
142. In questo senso E. Arruda Alvim, *Sentença parcial e arbitragem – inovações do projeto de lei n. 406/2013, do Senado Federal*, cit., 98 ss.; A.C. Dall'Agnol, P.C. De castro e martini, *A sentença arbitral parcial: novos paradigmas?*, cit., p. 32.
143. Sui lodi definitivi, lodi parziali e lodi non definitivi nel sistema italiano, si rinvia a: Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., p. 849 ss.; C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II, cit., 379 ss., e 502, il quale esclude la possibilità di impugnabilità differita dei lodi parziali.
144. Lo notano, infatti, A.C. Dall'Agnol, P.C. De castro e martini, *A sentença arbitral parcial: novos paradigmas?*, cit., p. 27, i quali sottolineano che: «*Para a distinção entre sentença parcial e sentença final, aplica-se somente o critério de seu efeito de encerramento ou não do procedimento arbitral*».
145. Così J.A. Fichtner, S.N. Mannheimer, A.L. Monteiro, *A sentença parcial na reforma da lei de arbitragem brasileira*, cit., 543; C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 177.
146. Così C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 177; G. Giusti, R. Dalmaso Marques, *Sentenças arbitrais parciais: uma análise prática*, cit., 51.
147. Per questa prospettiva, si vedano: C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 176, anche in nota; A.C. Dall'Agnol, P.C. De castro e martini, *A sentença arbitral parcial: novos paradigmas?*, cit., p. 25. È chiaro che è un lodo finale quello con il quale gli arbitri dichiarano la propria incompetenza a decidere la controversia (C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 176, nota 188). Per il sistema italiano ricordiamo che L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., 851, considera come parziale quel lodo con cui gli arbitri decidono sulla propria *potestas iudicandi*; mentre C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II, cit., 390, ritiene che siano lodi non definitivi su questioni, quelli che «risolvono, in senso non definitivo del giudizio, una o più 'questioni', pregiudiziali di rito o preliminari di merito»

ossia un'ordinanza arbitrale – qualora decidano in senso non ostativo e, pertanto, senza definire il giudizio una questione pregiudiziale di rito (diversa da quella vertente sulla validità della convenzione di arbitrato) o una questione preliminare di merito¹⁴⁸. Assumono, naturalmente, la forma dell'ordinanza arbitrale («*ordem processual*») anche i provvedimenti cautelari emanati dagli arbitri, nonché gli atti relativi alla organizzazione e all'istruzione del procedimento arbitrale.

Sempre all'interno del capo V, due piccoli, ma importanti, ritocchi vengono apportati in riferimento al procedimento di correzione e integrazione del lodo, di cui all'art. 30 LA, che in Brasile ha lo scopo di: correggere errori materiali della decisione arbitrale (inciso I); chiarire incertezze, dubbi e contraddizioni della decisione (inciso II); permettere la pronuncia su un punto non deciso (inciso II)¹⁴⁹. La nuova redazione dell'art. 30, prima parte, permette alle parti di fissare per la proposizione dell'istanza di correzione-integrazione del lodo un termine diverso da quello previsto dalla legge (cinque giorni) dalla comunicazione della decisione arbitrale. In base alla nuova redazione dell'art. 30, § unico, le parti possono, altresì, fissare un termine diverso da quello di dieci giorni, indicato dalla legge, per l'emanazione del provvedimento arbitrale che conclude il procedimento di correzione e integrazione. Nell'art. 33, § 1, viene, infine, specificato che il termine di novanta giorni per proporre l'impugnazione del lodo decorre dalla comunicazione della decisione che decide sull'istanza di correzione e integrazione¹⁵⁰.

12. LE NOVITÀ IN MATERIA DI IMPUGNAZIONE DEL LODO.

Prima di trattare delle novità introdotte dalla riforma del 2015 in materia di impugnazione del lodo, è opportuno ricordare che la LA prevede un'unica impugnazione esperibile nei confronti del lodo, chiamata «*ação anulatória*»¹⁵¹. Si tratta di un'impugnazione a critica vincolata che può essere proposta per limitati vizi di nullità di

148. Al contrario di quanto accade in Italia, non esiste nel sistema brasiliano la categoria dei lodi non definitivi su questioni, che risolvono alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale.

149. Non è questa la sede per approfondire il procedimento di cui all'art. 30 LA, possiamo ricordare che si tratta di un istituto simile a quello degli *embargos de declaração* del processo statale, meccanismo che tende a correggere e integrare una decisione giurisdizionale, si rinvia a: A. Chateaubriand Martins, *Correção e interpretação da sentença arbitral: novas perspectivas para antigas controvérsias*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 553 ss.; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 398 ss. L'ambito di applicazione del procedimento di correzione e integrazione del lodo in Brasile è chiaramente più ampio di quello italiano, contenuto nell'art. 826 c.p.c., sul quale si vedano: L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., 830 ss.; C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II, cit., 459 ss.

150. Sulle modificazioni di cui agli artt. 30 e 33, § 1°, si veda A. Chateaubriand Martins, *Correção e interpretação da sentença arbitral: novas perspectivas para antigas controvérsias*, cit., 557 ss.

151. Per l'utilizzo della terminologia «*ação anulatória*», si vedano: C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 244, il quale sottolinea l'efficacia «*desconstitutiva*» (o anche «*constitutiva negativa*») dell'impugnazione in discorso, nella misura in cui tende ad eliminare dal «mondo giuridico»

natura processuale¹⁵², il cui catalogo – dettato dall’art. 32 – si presenta più chiaramente snello rispetto a quello previsto in Italia dall’art. 829 c.p.c. sulla impugnazione per nullità¹⁵³. Essendo quello brasiliano un catalogo alquanto ridotto, buona parte della dottrina ritiene necessario adottare una «interpretazione integrativa» dell’art. 32 LA, introducendo alcuni vizi di nullità, come la violazione dell’ordine pubblico¹⁵⁴ e, in generale, ogni tipo di violazione delle garanzie costituzionali del «giusto processo» commessa dagli arbitri¹⁵⁵. Rimane, in ogni caso, esclusa la possibilità di dedurre *errores*

il lodo impugnato; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 479 ss.; C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 398.

152. Alcuni autori brasiliani considerano più tecnicamente più corretto parlare di annullabilità del lodo (J.C. Barbosa Moreira, *La nuova legge brasiliana sull’arbitrato*, cit., 13; C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 398; P. Assamu Nagao, *Do controle judicial da sentença arbitral*, cit., 266 ss.), mentre altri ritengono sia preferibile parlare di nullità (C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 244; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 481).
153. Sull’impugnazione per nullità del lodo nel diritto italiano, si rinvia a: S. Boccagna, *L’impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, *passim*; C. Punzi, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, vol. II, cit., 507 ss., il quale qualifica l’impugnazione per nullità come una «figura *sui generis*» che dà luogo ad un giudizio attribuito «alla competenza in unico grado della corte d’appello»; E. Marinucci, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009; L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., 919 ss. Anche alla luce dell’analisi del diritto brasiliano dell’arbitrato, concordiamo con L. Salvaneschi, *I motivi di impugnazione del lodo: una razionalizzazione?*, in questa *Rivista*, 2015, 233 ss. spec. p. 242, che in Italia sarebbe opportuno «un nuovo intervento razionalizzatore della disciplina che regola gli esiti del giudizio di nullità» del lodo arbitrale.
154. La dottrina dominante ritiene che, nonostante non venga stabilito direttamente dall’art. 32, il lodo nazionale sia nullo in caso di contrasto con l’ordine pubblico, anche in ragione del fatto che la contrarietà all’ordine pubblico è espressamente prevista come motivo ostativo al riconoscimento di un lodo straniero dall’art. 39, inciso II. In questo senso, per tutti, si vedano: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 418, secondo cui «o sistema brasileiro é coerente, de modo que tanto as sentenças arbitrais nacionais quanto as sentenças arbitrais estrangeiras estão sujeitas à mesma condição geral de validade, qual seja, não atentar contra a ordem pública»; R. de Carvalho Aprigliano, *Ordem pública e processo*, San Paolo, 2011; J. Schledorn de Camargo, *A ação anulatória com base na violação à ordem pública*, in Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodvalho, A. Freire, cit., 313 ss., spec. 324, secondo cui «o sistema arbitral deve ser interpretado com coerência e, assim, repelida a sentença arbitral nacional que também afronte a ordem pública»; V. Galíndez, *O novo marco legal da arbitragem no Brasil: é suficiente?*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 708.
155. A favore di una «interpretazione integrativa» del catalogo dei vizi di nullità del lodo, si veda C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 243, secondo cui provocano la nullità del lodo la violazione di ogni tipo di garanzia costituzionale del processo, «anche quelle indirette o riflesse e nonostante non siano espressamente previste» dall’art. 32 LA; l’A. indica quali cause di nullità non espressamente previste, la nullità del lodo derivante dalla pronuncia di incostituzionalità, da parte del Supremo Tribunale Federale, della legge su cui il lodo si è fondato, nonché la contrarietà del lodo con una *súmula vinculante* (ossia una massima giurisprudenziale del Supremo Tribunale Federale dotata di efficacia vincolante). Per la stessa prospettiva «integrativa», si veda già E.F. Ricci, *Lei brasileira de arbitragem*, cit., 72 ss., il quale ammette come motivo di nullità (nonostante non venga espressamente previsto dalla legge) anche la contrarietà del lodo con una precedente decisione, statale o arbitrale, passata in giudicato, in modo simile a quanto avviene nel sistema italiano (art. 829,

in iudicando nei confronti del lodo¹⁵⁶, mentre con l'impugnazione per nullità si può allegare un vizio di tipo revocatorio del lodo, quale quello della corruzione dell'arbitro (art. 32, inciso VI)¹⁵⁷. Ricordiamo che la competenza per decidere sull'impugnazione del lodo viene attribuita ad un giudice di primo grado¹⁵⁸ e si deve seguire il procedimento di cognizione ordinario, come indicato dall'art. 33, § 1^o¹⁵⁹.

Sempre in relazione alla impugnazione per nullità, non è senza interesse sottolineare che la legge brasiliana sull'arbitrato in nessuna ipotesi prevede che la decisione nel merito della controversia sia affidata al giudice dell'impugnazione del lodo¹⁶⁰, in ossequio al principio di autonomia dell'arbitrato e di non interferenza della giurisdizione statale su quest'ultimo¹⁶¹. In base alla disciplina di cui agli artt. 32 e 33, in Brasile il giudice statale può procedere al solo annullamento del lodo, al quale può seguire o meno il rinvio della decisione della controversia agli arbitri (vedi *infra*). La soluzione brasiliana è chiaramente differente da quella vigente in Italia, dove, come noto, l'art. 830 c.p.c. adotta «un sistema a carattere misto», in forza del quale in

n. 8, c.p.c.). A favore di un'interpretazione integrativa, si veda anche P. Assamu Nagao, *Do controle judicial da sentença arbitral*, cit., 279-280.

In senso contrario, propendono per la tassatività dei motivi di nullità del lodo: C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 399, il quale (come indicato alla nota precedente) ammette, tuttavia, la nullità della decisione arbitrale per contrarietà con l'ordine pubblico; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 388. Mentre; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 483, parla di un catalogo dei motivi di nullità del lodo «quasi tassativo».

156. Come ricorda C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 235.

157. Ai sensi del citato art. 32, inciso VI, il lodo è nullo se viene dimostrata la «*prevaricação, concussão ou corrupção passiva*» dell'arbitro, di cui A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 7, sottolinea la natura di vizio di tipo revocatorio.

158. Sul punto scrive C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 251, che sarebbe «ragionevole» affidare alla competenza originaria degli organi di secondo grado (*os tribunais*) il potere di conoscere direttamente sull'impugnazione per nullità del lodo; ciò che, tuttavia, richiederebbe una revisione costituzionale, in ragione di quanto disposto dalla Costituzione brasiliana del 1988, cui spetta la disciplina della competenze originaria degli organi di secondo grado.

159. Si veda sul punto la ricerca empirica della *Fundação Getulio Vargas*, da cui si evince la rarità dei casi di annullamento del lodo in Brasile (<http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2014/09/Pesquisa-Jurisprud%C3%Aancia-CBAR-Relat%C3%B3rio-Preliminar.pdf>). Per un'analisi di alcune pronunce di nullità del lodo, si veda anche N. Mizrahi Lamas, *Ações anulatórias de sentença arbitral*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 169 ss.

160. C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 424: «*anulado o laudo, não pode o juiz togado passar ao exame da causa*»; P. Assamu Nagao, *Do controle judicial da sentença arbitral*, cit., 267.

161. C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 239, scrive che: «*Nem seria sistematicamente aceitável dar ao juiz togado a competência para redecidir o mérito da causa já julgada pelos árbitros, pois isso colidiria de frente com o desenho brasileiro da autonomia da arbitragem e com a própria função institucional desta no sistema de meios de solução de litígios*»; C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 424, parla di una tecnica che «*tende a prestigiar o juízo arbitral, desestimulando o recurso à ação impugnativa*»,

alcune ipotesi il giudizio rescissorio spetta alla Corte d'appello, mentre in altre ipotesi la decisione della causa viene rimessa al giudizio degli arbitri¹⁶².

All'infuori della *ação anulatória* non vengono previsti altri tipi di impugnazioni. Nel silenzio della legge sul punto, la dottrina maggioritaria ritiene, quindi, inammissibile la *ação rescisória* (impugnazione simile alla revocazione del sistema italiano)¹⁶³. La legge arbitrale brasiliana non prevede nemmeno nessun tipo di rimedio esperibile da un terzo contro il lodo, quale ad esempio il *recurso de terceiro prejudicado*, di cui all'art. 996 c.p.c. del 2015¹⁶⁴. Ciò non significa che il terzo non si possa difendere con altri strumenti, quali un *mandado de segurança*¹⁶⁵, un'azione di accertamento negativo¹⁶⁶ e, secondo alcuni autori, utilizzando la stessa *ação anulatória*¹⁶⁷.

Descritta per sommi capi la disciplina dell'impugnazione del lodo, possiamo tornare a trattare della riforma del 2015 e, a questi fini, segnaliamo, innanzitutto, due modificazioni di ordine lessicale. All'interno dell'art. 32 il primo motivo di nullità del lodo riguarda, attualmente, la nullità della convenzione di arbitrato e non più solo la nullità del compromesso, come avveniva in base alla versione originale della LA del 1996¹⁶⁸. Inoltre, nell'art. 33 si utilizza l'espressione «*declaração*» di nullità della

162. La comparazione tra il diritto brasiliano e quello italiano su questo punto conduce C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 239, ad affermare che in Brasile l'arbitrato gode di una maggiore autonomia. Anche alla luce dell'analisi del diritto brasiliano dell'arbitrato, concordiamo con L. Salvaneschi, *I motivi di impugnazione del lodo: una razionalizzazione?*, in questa *Rivista*, 2015, 233 ss. spec. p. 242, che in Italia sarebbe opportuno «un nuovo intervento razionalizzatore della disciplina che regola gli esiti del giudizio di nullità» del lodo arbitrale. Per uno studio di diritto comparato in materia, rinviamo a E. Marinucci, *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1327 ss.

163. Per l'inammissibilità dell'*ação rescisória* nei confronti del lodo, si vedano: F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 388; F.L. Yarshell, *Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2005, n. 5, 95 ss.; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 546; D. Armelin, *Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2004, n. 1, 12 ss., spec. 14; L. Britto Mejias, *Controle da atividade do árbitro*, cit., 205 ss.

164. Si tratta di un rimedio che, con tutte le dovute differenziazioni, assomiglia all'opposizione di terzo del sistema italiano, come ritiene C.R. Dinamarco, *Litisconsorcio*, San Paolo, 2009.

165. Sul *mandado de segurança*, si veda, per tutti, E. Andrade, *Il c.d. "mandado de segurança" individuale nel diritto processuale civile brasiliano*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 631 ss.

166. Per questa prospettiva, si veda C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 237.

167. Ammettono l'esperibilità dell'impugnazione per nullità ad opera del terzo, G. Recena Costa, M. Carvalho Engholm Cardoso, *Limites subjetivos da sentença arbitral e legitimidade do terceiro para ajuizar ação anulatória*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 595 ss., spec. 618 ss.,

168. Sul punto F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 510, parla di correzione di un equivoco redazionale della legge del 1996. È chiaro che la nullità della clausola compromissoria provocava la nullità del lodo anche precedentemente alla riforma del 2015. Come ricorda C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 400, il legislatore brasiliano del 1996 aveva commesso lo stesso errore che si trovava nel c.p.c. italiano anteriormente alla riforma del 2006.

sentenza arbitrale, in luogo di quello «*decretação*» di nullità che era contenuta nella versione originaria della LA¹⁶⁹.

A parte il citato mutamento terminologico, restano inalterati i vizi che possono dar luogo ad una pronuncia di nullità del lodo, fatta salva l'abrogazione del vizio di omessa pronuncia, di cui all'art. 32, inciso V (in ragione dell'introduzione della figura del lodo complementare, su cui vedi *infra*).

Una novità di rilievo è costituita dall'abrogazione della disposizione che stabiliva in quali casi il giudice dell'impugnazione si limitava a dichiarare la nullità del lodo e chiudeva, pertanto, il giudizio con lo svolgimento della sola fase rescindente (art. 33, § 2°, inciso I, nella versione originaria¹⁷⁰) e in quali casi il giudice doveva, invece, disporre il rinvio della causa agli arbitri per l'emanazione di un nuovo lodo (art. 33, § 2°, inciso II, nella versione originaria)¹⁷¹. La vigente redazione dell'art. 32, § 2°, prevede che il giudice dell'impugnazione valuti, caso per caso, se la decisione di merito debba essere rimessa o meno agli arbitri¹⁷².

Altra novità importante della riforma del 2015, inserita all'interno del capo V della LA, è quella del lodo arbitrale complementare, la cui disciplina è contenuta nel nuovo art. 33, § 4°, ai sensi del quale: «La parte interessata potrà promuovere un giudizio per chiedere la pronuncia di un lodo arbitrale complementare, qualora l'arbitro non abbia deciso su tutte le domande dedotte nel procedimento arbitrale». Si tratta di un dispositivo, già conosciuto in ambito comparatistico¹⁷³, che permette alla parte di

169. Si tratta di una modificazione lessicale appropriata, poiché la nullità del lodo non viene decretata ma dichiarata dal giudice dell'impugnazione.

170. Erano i seguenti casi di nullità del lodo determinati da: nullità della convenzione di arbitrato; pronuncia da parte di chi non poteva essere arbitro; dolo dell'arbitro; scadenza del termine; violazione dei principi fondamentali del processo arbitrale, di cui all'art. 21, quali il principio del contraddittorio, dell'uguaglianza delle parti, dell'imparzialità dell'arbitro e del suo libero convincimento.

171. Erano i residuali casi di nullità del lodo, ossia: mancanza di uno dei requisiti del lodo, di cui all'art. 26; pronuncia fuori dai limiti della convenzione di arbitrato; omissione di pronuncia. Sul regime previgente si veda C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 398 ss.

172. Dispone l'attuale art. 33, § 2°, che: «La sentenza che accoglie l'impugnazione dichiara la nullità del lodo, nelle ipotesi dell'art. 32, e determina, se è il caso, che l'arbitro o il collegio arbitrale emani un nuovo lodo arbitrale». F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., p. 512, scrive che la decisione sulla rimessione della controversia agli arbitri, a seguito della dichiarazione di nullità del lodo, dipende dalle circostanze del caso «*a ser avaliado e decidido no processo*». In senso favorevole alla nuova disposizione, nella misura in cui permette al giudice statale di valutare le circostanze del singolo caso, si vedano: F. Zech Sylvestre; T.A. Rocha Lima, *Aspectos processuais da ação de nulidade de sentença arbitral: perspectivas reformistas*, in Aa. Vv., *Arbitragem. Estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015*, a cura di F.J. Cahali, T. Rodvalho, A. Freire, cit., 559 ss., spec. 580; A. Briguglio, *Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015*, cit., § 7, secondo cui si tratta di «una scelta normativa che vuol essere il più possibile adeguata alla varietà di situazioni».

173. Si veda l'analisi di R. Castro de Figueiredo, *A anulação das sentenças arbitrais "incompletas" e a sentença arbitral complementar*, in in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos

esperire un'azione davanti al giudice statale al fine di sanare il vizio di omissione di pronuncia e, quindi, di ottenere che gli arbitri statuiscano sulle domande proposte, ma non decise¹⁷⁴. In conseguenza della riforma in commento, il vizio di omessa pronuncia non costituisce più un caso di invalidità del lodo (come accadeva prima del 2015¹⁷⁵) e le parti hanno, attualmente, la facoltà di utilizzare il procedimento di cui all'art. 33, § 4°, LA, chiedendo che il giudice statale disponga che gli arbitri si pronuncino sulle domande non decise. Siamo, quindi, in presenza di un meccanismo di integrazione della decisione arbitrale¹⁷⁶, attraverso un lodo complementare, che si fonda sulla cooperazione tra giudice statale e arbitri e che costituisce una novità di rilievo e salutare¹⁷⁷, di cui la pratica dovrà specificare la disciplina di dettaglio e i rapporti con altre azioni previste dalla LA, come con il procedimento di correzione dell'art. 30, inciso II, che prevede la pronuncia su un «punto» omesso dagli arbitri¹⁷⁸. In ogni caso,

Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 629 ss., sia per il diritto brasiliano che per un panorama di diritto comparato sul lodo complementare.

174. L'esperibilità dell'azione davanti al giudice statale, di cui all'art. 33, § 4°, ci pare residuale ed è subordinata alla previa proposizione dell'istanza davanti agli arbitri di pronunciarsi sulla domanda non decisa attraverso il procedimento di cui all'art. 30, inciso II, LA (simile agli *embargos de declaração*). In tal senso si veda F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., p. 403. Naturalmente la parte interessata non ha l'onere di proporre l'azione, di cui all'art. 33, § 4°, per chiedere una statuizione di merito sulla domanda non decisa, avendo in ogni caso la facoltà di riproporre tale domanda all'interno di un nuovo giudizio arbitrale. In tal senso, in relazione ai casi di omessa pronuncia, si veda C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 198. Tra i casi in cui si ammette l'emanazione di un lodo arbitrale complementare rientra anche quello in cui gli arbitri non abbiano determinato il *quantum* della prestazione debitoria, limitandosi alla pronuncia di una condanna generica sul solo *an debeatur*, come specificato da H. Theodoro Jr., *Curso de processo civil*, vol. II, cit., 591.
175. L'art. 32, inciso V (attualmente abrogato), disponeva: «*É nula a sentença arbitral se: ... V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem*». In ogni caso, anche prima della riforma del 2015, la pronuncia sulle domande non decise sarebbe spettata sempre agli arbitri. Si veda sul punto C.A. Carmona, *Arbitrato e processo*, cit., p. 407.
176. L'azione, di cui all'art. 33, § 4°, LA, in materia di lodo complementare, non sembra essere un'impugnazione in senso tecnico, trattandosi piuttosto di un «meccanismo peculiare di correzione della sentenza arbitrale 'incompleta'» (così R. Castro de Figueiredo, *A anulação das sentenças arbitrais "incompletas" e a sentença arbitral complementar*, cit., 646). D. Levy, *Os presságios da reforma arbitral brasileira: as 10 metas para os seus 20 anos*, cit., 724, considera la figura del lodo complementare come un meccanismo di «*exercício do direito ao esgotamento da jurisdição*» degli arbitri.
177. In senso favorevole all'introduzione dell'art. 33, § 4°, si vedano: F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 403; D. Levy, *Os presságios da reforma arbitral brasileira: as 10 metas para os seus 20 anos*, cit., 724.
178. Il procedimento di correzione, di cui all'art. 30, II, LA, sicuramente potrà essere utilizzato in caso di mancata pronuncia su un punto o questione allegata dalle parti, ma anche per chiedere la pronuncia su una domanda non decisa. L'azione, di cui all'art. 33, § 4°, concorre con il menzionato procedimento di correzione, potendo la prima essere esperita una volta che siano scaduti i termini per la proposizione del secondo.
- La LA non indica, nemmeno, quale sia il collegio arbitrale competente a emanare il lodo complementare. Secondo F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 403, sarà lo stesso collegio arbitrale a pronunciarsi

l'azione diretta ad ottenere l'emanazione del lodo complementare è facoltativa, perché la parte interessata può sempre instaurare un nuovo arbitrato per avere la pronuncia sulla domanda non decisa¹⁷⁹.

Ugualmente in materia di impugnazione, si è proceduto a modificare l'art. 33, § 3°, della LA, disponendo che: «La dichiarazione di nullità della sentenza arbitrale potrà essere richiesta anche con l'opposizione all'esecuzione, ai sensi degli articoli 525 e seguenti del codice di procedura civile, qualora si proceda all'esecuzione forzata giudiziale»¹⁸⁰. L'opposizione all'esecuzione non deve essere proposta necessariamente entro il termine di 90 giorni decorrente dalla comunicazione del lodo, potendo essere fatta valere anche successivamente. In ragione di ciò, è necessario indagare quale sia la conseguenza della scadenza del termine per proporre l'impugnazione per nullità del lodo sul giudizio di opposizione all'esecuzione dello stesso. Sul punto gli studiosi brasiliani si sono divisi in due orientamenti contrapposti.

Una parte della dottrina non limita temporalmente la possibilità di dedurre in sede di opposizione all'esecuzione i motivi di nullità del lodo, di cui all'art. 32, LA, che possono essere dedotti anche oltre la scadenza del termine di novanta giorni¹⁸¹.

Ma altra parte autorevole della dottrina – che appare maggioritaria – ritiene opportuno adottare una «visione sistematica» dell'art. 33, § 3°, in materia di opposizione all'esecuzione del lodo, evitando che il debitore possa contestare con tale rimedio i vizi del lodo, di cui all'art. 32, una volta decorso il termine di novanta giorni¹⁸². Tale

sulle domande non decise, «evitando o enorme custo de repetição de providências, e até o risco de decisões contraditórias, caso fossem trazidos novos árbitros». Mentre secondo R. Castro de Figueiredo, *A anulação das sentenças arbitrais "incompletas" e a sentença arbitral complementar*, cit., 644, il giudice statale potrà disporre che sia un nuovo organo arbitrale a emanare il lodo complementare.

179. Lo nota anche R. Castro de Figueiredo, *A anulação das sentenças arbitrais "incompletas" e a sentença arbitral complementar*, cit., 645, il quale, infatti, sottolinea come rispetto all'instaurazione di un nuovo arbitrato il procedimento di integrazione, di cui all'art. 33, § 4°, si rivela «poco attraente» dal punto di vista del tempo necessario per ottenere la decisione del giudice statale sull'istanza della pronuncia di un lodo complementare. L'A. individua un vantaggio nell'esercizio dell'azione di integrazione in discorso nella finalità di indurre l'arbitro «a modificare il proprio risultato del lodo originario».

180. Questa la versione in lingua originale dell'art. 33, § 3°, LA: «A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial». Nel testo abbiamo tradotto la parte «impugnação ao cumprimento da sentença» come opposizione all'esecuzione del lodo. Si tratta di una libera traduzione diretta a facilitare la comprensione del rimedio in discorso ai lettori italiani.

181. Così L.G. Marinoni, S. Cruz Arenhart, D. Mitidiero, *Novo curso de processo civil*, vol. 3, cit., 512, i quali scrivono: «Na impugnação à execução fundada em sentença arbitral, poderá o executado deduzir, além da matéria elencada no art. 539, § 1°, todas as causas de nulidade desta decisão, contempladas pelo art. 32 da Lei de Arbitragem». Nella stessa direzione, si veda A. de Assis, *Processo civil brasileiro*, vol. I, cit., 136.

182. Parla della opportunità di adottare una «visão sistematica do tema» C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 430.

interpretazione restrittiva, quanto ai motivi spendibili con l'opposizione all'esecuzione, si fonda sulla necessità di evitare lo «stato di incertezza», che deriverebbe dal consentire la deducibilità dei vizi di nullità anche dopo la scadenza dei novanta giorni per proporre la *ação de declaração de nulidade*¹⁸³. *In base a questa prospettiva, è necessario distinguere due situazioni: anteriormente alla scadenza del termine di novanta giorni, ci cui all'art. 33, il debitore può decidere di dedurre con l'opposizione all'esecuzione anche i vizi di nullità del lodo; successivamente alla scadenza di detto termine, il debitore può allegare con l'opposizione solo difese spendibili contro un titolo giudiziale*¹⁸⁴.

13. LE DISPOSIZIONI DEL C.P.C. DEL 2015 IN MATERIA DI ARBITRATO.

Da segnalare, infine, le novità in materia di arbitrato contenute nel c.p.c. del 2015, tra cui meritano menzione: l'esplicito riconoscimento normativo dell'arbitrato (art. 3); un nuovo regime dell'eccezione di patto compromissorio (art. 337); regole sulla riservatezza dei «procedimenti giudiziari ausiliari dell'arbitrato» (art. 189, inciso IV); la superiorità delle convenzioni internazionali e della legge sull'arbitrato del 1996 sulle disposizioni del c.p.c. in materia di delibazione di sentenze straniere (art. 960, § 3°)¹⁸⁵.

183. C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., 430. L'elaborazione di tale soluzione pare risalire a E.F. Ricci, *Reflexões sobre o art. 33 da lei de arbitragem*, in *Revista de processo*, 1999, n. 93, 45 ss., § 7, cui hanno aderito diversi studiosi, tra cui: C.R. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 272; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit. 370; L. de Faria Beraldo, *Curso de arbitragem*, cit., 459 ss.; Assamu Nagao, *Do controle judicial da sentença arbitral*, cit., 287; J. Schledorn de Camargo, *A ação anulatória com base na violação à ordem pública*, cit., 327-328. In questo senso si vedano anche le opinioni, elaborate prima della introduzione della legge n. 11.232 del 2005 (la c.d. legge sul *cumprimento* della sentenza), da: P. Batista Martins, *Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral*, in Aa. Vv., *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro, 1999, 418 ss.

184. Così, molto chiaramente, C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit., p. 430-431, il quale in relazione alla seconda situazione descritta nel testo scrive: «*terá o impugnante, em tal hipótese, perdido, por inércia, o direito de levar ao conhecimento do juiz togado qualquer uma das matérias enumeradas no art. 32 da Lei. Enfrentará o impugnante as mesmas limitações impostas ao executado que ataca a sentença judicial condenatória*».

Tra l'altro, ricordiamo che tale sistematica è stata consacrata espressamente in Portogallo dalla Legge di arbitrato volontario, n. 63 del 2011, all'art. 48, rubricato «Motivi dell'opposizione all'esecuzione», ai sensi del quale: «*1 - À execução de sentença arbitral pode o executado opor-se com qualquer dos fundamentos de anulação da sentença previstos no n.º 3 do artigo 46.º, desde que, na data em que a oposição for deduzida, um pedido de anulação da sentença arbitral apresentado com esse mesmo fundamento não tenha já sido rejeitado por sentença transitada em julgado. 2 - Não pode ser invocado pelo executado na oposição à execução de sentença arbitral nenhum dos fundamentos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º, se já tiver decorrido o prazo fixado no n.º 6 do mesmo artigo para a apresentação do pedido de anulação da sentença, sem que nenhuma das partes haja pedido tal anulação*». L'art. 46 della citata legge portoghese tratta dell'impugnazione del lodo.

185. Art. 960, § 3, secondo cui: «*A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo*». Sul punto, si veda: F. Didier, *A arbitragem no novo Código de Processo Civil*, in *Revista Tribunal Superior do Trabalho*, 2013, vol. 79, n. 4, 73 ss., spec. 80, con giudizio favorevole sulla citata disposizione.

La prima parte (*caput*) dell'art. 3 c.p.c., contenuto nel capitolo I (del titolo unico del libro primo) dedicato alle «norme fondamentali del processo civile, stabilisce che: «A nessuna minaccia o violazione di un diritto verrà negata tutela giurisdizionale». Il § 1° del medesimo articolo dispone, inoltre, che: «L'arbitrato è ammesso nella forma stabilita dalla legge». L'art. 3, § 1°, c.p.c., si limita, quindi, a codificare l'interpretazione data dal Supremo Tribunale Federale quanto alla costituzionalità dell'arbitrato e qualifica formalmente l'arbitrato come un mezzo di risoluzione delle controversie¹⁸⁶. Nella stessa linea l'art. 42, c.p.c., dispone che: «Le cause civili saranno risolte e decise dal giudice nei limiti della sua competenza, salvo il diritto delle parti di instaurare un processo arbitrale, nella forma stabilita dalla legge»¹⁸⁷.

L'art. 337, inciso X, § 5°, c.p.c., qualifica come eccezione in senso stretto l'eccezione di patto compromissorio, escludendo, pertanto, che sia rilevabile d'ufficio dal giudice¹⁸⁸. Il nuovo c.p.c. del 2015 accoglie, quindi, la soluzione elaborata dalla maggioranza della dottrina brasiliana e si allinea, altresì, alla tendenza assolutamente dominante nel panorama comparatistico che riserva alla sola parte interessata il potere di sollevare l'eccezione di convenzione di arbitrato¹⁸⁹. Risulta, attualmente, superata la tesi, elaborata sotto l'imperio dell'abrogato c.p.c. del 1973, secondo cui il compromesso dava luogo ad un'eccezione in senso stretto, mentre la clausola compromissoria costituiva un'eccezione rilevabile d'ufficio dal giudice¹⁹⁰. Qualora il convenuto non alleghi tempestivamente l'eccezione di patto compromissorio, l'art. 337, § 6°, c.p.c.,

186. Così R. de Carvalho Aprigliano, *Jurisdição e arbitragem no novo Código de Processo Civil*, cit., 252. Ricordiamo, per ragioni di completezza, che i successivi paragrafi che compongono l'art. 3 c.p.c. tendono a valorizzare i mezzi di autocomposizione delle controversie, disponendo che: lo Stato dovrà promuoverne l'utilizzo, quando ciò sia possibile (§ 2°); l'utilizzo della conciliazione, mediazione e di altri mezzi consensuali di risoluzione dei conflitti dovrà essere stimolato «da giudici, avvocati, difensori pubblici e pubblici ministeri anche nel corso del processo statale» (§ 3°). Sul punto, rinvia a W. Pimentel, *O CPC de 2015, mediação e arbitragem: um sistema geral de solução de conflitos*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, cit., 339 ss.

187. L'art. 42 del c.p.c. del 2015 riproduce sostanzialmente l'art. 86 del c.p.c. abrogato e ci pare essere una disposizione ridondante, essendo già desumibile dal sistema (così, ancora, R. de Carvalho Aprigliano, *Jurisdição e arbitragem no novo Código de Processo Civil*, cit., 254)

188. L'art. 337 c.p.c. indica quali sono le eccezioni che il convenuto ha l'onere di allegare nella comparsa di risposta. Il § 5° dell'art. 337 dispone che: «fatte salve la convenzione di arbitrato e l'incompetenza relativa, il giudice conoscerà di ufficio le materie indicate in questo articolo» (nostra libera traduzione). Sulla disciplina dell'eccezione di convenzione di arbitrato nel nuovo c.p.c., si vedano: R. Resende Beneduzi, *Preliminar de arbitragem no novo CPC*, cit., 285 ss.; M. Lamego Carpenter, *Primeiras impressões sobre a convenção de arbitragem e o agravo de instrumento no CPC/2015*, in Aa. Vv., *A reforma da arbitragem*, a cura di L. De Campos Melo, R. Resende Beneduzi, 357 ss.; F.J. Cahali, *Curso de arbitragem*, cit., 186 ss.

189. In questo senso, si vedano: E. Talamini, *Arguição de convenção arbitral no projeto de novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem)*, in *Revista de arbitragem e mediação*, 2014, n. 40, 81 ss., cui si rinvia anche per riferimenti comparatistici; L.F. Guerrero, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, cit., 128; C.R. Dinamarco, *Arbitragem na teoria geral do processo*, cit., 92-93.

190. Era la tesi di C.A. Carmona, *Arbitragem e processo*, cit. 485.

qualifica tale omissioni come «accettazione della giurisdizione statale e rinuncia al giudizio arbitrale». La legge brasiliana non specifica, tuttavia, se tale rinuncia sia condizionata o meno alla pronuncia di una decisione di merito nel processo statale¹⁹¹. Sempre in materia, ricordiamo, altresì, che, ai sensi dell'art. 485, inciso VII, quando il giudice accoglie l'eccezione di convenzione di arbitrato, il processo si chiude con una sentenza di rito che non decide il merito della controversia. Qualora, invece, l'eccezione in discorso venga respinta con decisione interlocutoria (che non chiude il processo), il convenuto potrà proporre l'impugnazione dell'*agravo de instrumento*, ai sensi dell'art. 1.015, inciso III¹⁹².

L'art. 189, inciso IV, c.p.c., prevede una deroga al principio di pubblicità degli atti processuali in caso di arbitrato: sono coperti da segreto di giustizia gli atti processuali «in materia di arbitrato, inclusi i processi relativi all'esecuzione della carta arbitrale, purché la riservatezza, concordata nell'arbitrato, sia dimostrata nel giudizio»¹⁹³.

191. Stando alla formulazione dell'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c. italiano, la rinuncia alla giurisdizione arbitrale dipende dalla mancata allegazione dell'eccezione di convenzione di arbitrato e dalla pronuncia di merito del giudice ordinario. Sul punto, rinviamo a L. Salvaneschi, *Arbitrato*, cit., 674 e 591 ss.

192. In materia, si veda M. Lamego Carpenter, *Primeiras impressões sobre a convenção de arbitragem e o agravo de instrumento no CPC/2015*, cit., 362 ss.

Nel c.p.c. brasiliano vigente, l'*agravo de instrumento* è il mezzo di impugnazione esperibile contro quelle decisioni interlocutorie (atti che non definiscono il giudizio) che la legge indica espressamente come impugnabili (art. 1015), si rinvia a: L.R. Wambier, E. Talamini, *Curso avançado de processo civil*, 16° ed., vol. 2, San Paolo, 2016, 537; L.G. Marinoni, S. Cruz Arenhart, D. Mitidiero, *Novo curso de processo civil*, vol. 2, cit., 533.

193. Sul tema, si vedano: J.R. Cruz e Tucci, *Le garanzie costituzionali della pubblicità degli atti processuali e della motivazione delle decisioni nel nuovo c.p.c. brasiliano*, traduzione a cura di G. Bonato, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1221 ss., § 2; R. Garcia da Fonseca, *O segredo da justiça e a arbitragem*, cit., 397 ss.