

JOSÉ CARO CATALÁN *

*Arbitrabilità, ordine pubblico e controllo giudiziario: l'incidenza della dottrina sulla recente giurisprudenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid ***

Sommario: 1. Introduzione al concetto di arbitrabilità. – 2. L'estensione dell'arbitrabilità in Spagna. – 3. L'estensione dell'arbitrabilità e l'incidenza sul controllo giudiziario del lodo. – 4. Analisi della dottrina nella giurisprudenza del TSG di Madrid: la valutazione dell' "ordine pubblico economico". – 5. L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza del TSG di Madrid. – 6. La posizione di Fernández Rozas. – 7. L'incidenza diretta della dottrina sulla giurisprudenza del TSG di Madrid. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione al concetto di arbitrabilità

L'arbitrabilità delle controversie è presupposto fondamentale dell'arbitrato¹. L'art. 2.1 della Legge sull'Arbitrato (da qui in avanti, LA) stabilisce che sono «suscettibili di arbitrato le controversie in materia liberamente disponibile a norma di legge». Malgrado l'apparente semplicità con cui il legislatore risolve il tema, definire l'ambito dell'arbitrato è uno dei compiti più complessi sia a livello nazionale che internazionale².

* *Contratado Predoctoral in Diritto processuale nell'Università di Cadice.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

¹ Come afferma J.F. MERINO MERCHÁN, "Da un punto di vista oggettivo, non tutto il diritto può essere suscettibile di compromesso arbitrale, ci sono branche del Diritto intangibilmente riservate alla *iurisdictio* tradizionale; poiché questo è un elemento radicalmente distintivo della funzione giurisdizionale dello Stato rispetto all'arbitrato" (in *Tratado de Derecho Arbitral*, 4ª ed. Civitas, Madrid, 2014, p. 28.).

² Secondo J. BETANCOURT "le differenze tra arbitrabile e non arbitrabile sembrerebbero risalire al Diritto Romano, in particolare, al II Secolo avanti Cristo, quando, anche per ragioni di *ordine pubblico*, vennero fissati dei limiti, anche se non molti, in merito all'esercizio del diritto del cittadino romano a risolvere i conflitti mediante arbitrato" (in «*Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad*», *InDret* 2/2012, p. 14).

L'importanza di tale questione ha fatto sì che in dottrina sia stato coniato un termine specifico, quello di arbitrabilità, con riferimento a questa problematica³. In sostanza, tale termine si riferisce alla questione se una determinata controversia possa essere soggetta ad arbitrato o se, al contrario, la sua risoluzione sia di competenza degli organi giudiziari dello Stato⁴.

In questa materia, come in altre, la Legge sull'Arbitrato segue gli orientamenti stabiliti dalla Legge Modello UNICTRAL sull'Arbitrato Commerciale Internazionale, scegliendo una definizione aperta senza elencare le materie che possono essere soggette ad arbitrato⁵. Tuttavia, al di là di quanto stabilito dall'art. 2.1 LA, vi sono altre norme che nella Legge sull'Arbitrato e nel Codice di Procedura Civile aiutano a far luce sul tema in questione.

Da una parte, l'art. 41.1, che regola l'azione di annullamento del lodo, ricomprende tra i motivi di annullamento il caso in cui gli arbitri abbiano risolto «questioni non soggette ad arbitrato» (lett. e). In realtà, sebbene l'articolo si riferisca anche all'arbitrabilità, non aggiunge molto alla sua delimitazione concettuale, visto che, come precedentemente segnalato, tale articolo rimanda alle disposizioni dell'art. 2.1 LA⁶.

D'altra parte, occorre prestare attenzione all'art. 19.1 CPC. Secondo tale articolo «le parti hanno la facoltà di disporre dell'oggetto del processo e possono rinunciare agli atti del giudizio, desistere, accettare, sottoporsi a procedura di mediazione o ad *arbitrato*⁷ e scendere a compromesso sull'oggetto dello stesso, salvo quando la legge lo proibisce o stabilisca delle limitazioni per ragioni di interesse generali o a favore di terzi». Attenendosi letteral-

³ Va considerato che questo termine negli Stati Uniti ha un significato molto più ampio, poiché contiene questioni relative all'ambito oggettivo dell'accordo arbitrale. Cfr. L. SHORE, *Defining "Arbitrability": The United State vs. The rest of the world*, in *New York Law Journal*, June 15, 2009 (in <https://indiacorplaw.in/wp-content/uploads/2016/08/shore-definingarbitrability.pdf>; ultima consultazione: 28 novembre 2020).

⁴ I. BANTEKAS, *The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration*, in *Australian Year Book of International Law*, vol. 27, 2008, p. 193; Analogamente, L. MISTELIS, *Arbitrability-International and comparative perspectives: is arbitrability a national or an international law issue?*, in *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (dirs. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, p. 4.

⁵ Il Memorandum Esplicativo della Legge sull'Arbitrato in questo senso è estremamente indicativo quando afferma che «L'articolo 2 regola le materie soggette ad arbitrato sulla base del criterio di libera disponibilità, come stabiliva la Legge 36/1998. In ogni caso, è da ritenersi superflua la presenza all'interno della legge di un elenco, anche solo esemplificativo, di materie che non siano di libera disponibilità. È sufficiente che venga stabilito che l'arbitrabilità di una controversia coincida con la disponibilità di un oggetto alle parti».

⁶ Secondo S. BARONA VILAR «la delimitación de este motivo de anulación del laudo se halla anudada directamente con el artículo 2 LA», in «*Art. 41*», *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2 ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 41.

⁷ Il corsivo è nostro.

mente a tale disposizione, c'è chi ha affermato che, in pratica, essa integra una presunzione a favore dell'arbitrabilità che deve essere derogata per legge⁸.

Nella dottrina il tema dell'arbitrabilità è stato affrontato da diversi punti di vista. Alcuni autori hanno trattato il tema da una prospettiva puramente sostanziale, considerando che l'arbitrabilità «non è nient'altro che una verifica della validità dell'accordo arbitrale»⁹.

Altri, viceversa, ritengono che l'arbitrabilità abbia una connotazione sia sostanziale che processuale¹⁰. Infine, una terza corrente dottrinale si è occupata dell'argomento da un punto di vista rigorosamente processuale¹¹. Per motivi di spazio, non ci dilungheremo nell'analizzare ciascuna di queste posizioni. Ciò che preme segnalare ai fini di questo lavoro è che l'ambito oggettivo dell'arbitrato si è progressivamente esteso, e questo, come vedremo, può incidere in modo particolare sul controllo del lodo.

2. L'estensione dell'arbitrabilità in Spagna

L'arbitrabilità è questione che resta fuori dall'ambito dell'autonomia della volontà delle parti. Come rileva il Memorandum Esplicativo della Legge sull'Arbitrato, spetta allo Stato, per ragioni di “politica in materia di giustizia”, limitare il carattere arbitrabile di certe controversie¹². Così, dal punto di vista dello Stato, l'estensione delle materie che possono essere soggette ad arbitrato può essere percepita come una cessione della giurisdizione, a favore di un meccanismo privato di risoluzione delle relative controversie¹³. Di conseguen-

⁸ In questo senso, A.M. LORCA NAVARRETE afferma che l'art. 19.1 CPC “stabilisce una clausola di abilitazione generale a favore dell'arbitrato in merito a tutte le controversie disponibili e sarà necessario, come eccezione a tale regola generale, che le abilitazioni contrarie all'arbitrato, giustificate nelle norme di *ius cogens*, vengano espressamente previste” (in *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 218.).

⁹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la ley 60/2003, de arbitraje*, in *Estudios de derecho judicial*, 102, 2006, p. 78.

¹⁰ M.P. PERALES VISCASILLAS è tra i più autorevoli sostenitori di questa tesi. Secondo l'Autrice “la libera disponibilità va intesa in relazione sia con il diritto materiale, che con la funzione giurisdizionale” (in *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, Aranzadi, 2005, Madrid, p. 131).

¹¹ In questo settore è molto seguita la tesi di J. MONTERO AROCA, che identifica la non arbitrabilità con “le conseguenze giuridiche previste per legge che si possono applicare nei casi concreti solamente attraverso una sentenza” (in *Materias objeto de arbitraje. Proceso y Garantía (Civil y Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 437). Su posizioni analoghe v. G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *El control judicial sobre el fondo del laudo*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 103; J. NIEVA FENOLL, *Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición*, in *Annuario di Giustizia Alternativa*, n. 3/2002 (edizione digitale).

¹² Paragrafo II del Memorandum Esplicativo della Legge sull'Arbitrato.

¹³ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Algunas consideraciones sobre la noción de arbitrabilidad*, in *Revista Argentina de Arbitraje*, n. 4, 2019, in <https://ar.jeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=1239712fbb6c91b7becd8f2ad4d96764> (ultima consultazione: 28 novembre 2020).

za, storicamente gli Stati si sono mostrati reticenti nel dichiarare l'arbitrabilità di certe materie.

Tuttavia, negli ultimi decenni, di pari passo con una tendenza internazionale favorevole all'arbitrato, la tipologia di controversie assoggettabili ad arbitrato è notevolmente aumentata¹⁴. È stato così, per esempio, per materie che tradizionalmente vengono considerate "scomode" per l'arbitrato, come l'*antitrust*, la proprietà intellettuale, le locazioni di immobili urbani o il diritto societario¹⁵.

È stato evidenziato che una delle chiavi per spiegare questa tendenza all'estensione dell'arbitrabilità risiede nelle dinamiche dell'ordine pubblico nell'arbitrato. In passato, l'ordine pubblico era percepito come un motivo ostativo all'arbitrabilità di una materia, rappresentando di fatto un limite all'arbitrato¹⁶. Tuttavia, quest'idea è venuta progressivamente meno e l'ordine pubblico è diventato un limite al potere decisionale degli arbitri¹⁷ sicché, attualmente, è normale ammettere che l'accordo arbitrale può avere ad oggetto materie interessate dall'ordine pubblico, visto che, come detto, il lodo non viene annullato per aver trattato questioni attinenti all'ordine pubblico, ma per contrarietà allo stesso¹⁸.

A tal proposito, la giurisprudenza sostiene che l'applicabilità ad una controversia di norme cogenti che rientrano nel concetto di ordine pubblico non significa che tale contro-

¹⁴ Per un'analisi particolareggiata di alcune materie storicamente considerate non arbitrabili, ma che attualmente lo sono, cfr. J. MERINO MERCHÁN, *Artículo 2 (Materias objeto de arbitraje). Comentarios a la Ley de Arbitraje (Coord. Carlos González-Bueno) Consejo General del Notariado*, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 43-61.

¹⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje*, in *La Nueva Ley de Arbitraje. Estudios de derecho judicial*, n. 102, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 80.

¹⁶ Come segnala M. GONZALO QUIROGA, la tendenza a identificare la non arbitrabilità di una materia con l'ordine pubblico era probabilmente dovuta all'«esistenza in diverse normative nazionali di disposizioni che vietano chiaramente di compromettere quelle materie che interessano l'ordine pubblico». In particolare, l'autrice fa riferimento all'art. 2060 cod. civ. francese, laddove stabilisce che «non si potrà compromettere nelle questioni di Stato e di capacità giuridica delle persone, le questioni riguardanti il divorzio e la separazione o le controversie che riguardano gli istituti pubblici o in modo più generico quelle materie che interessano l'ordine pubblico» (in *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003, pp. 128-129).

¹⁷ Con lo scopo di approfondire questa idea, M.P. PERALES VISCASILLAS afferma che «gli arbitri devono rispettare e applicare le norme di ordine pubblico perché ne diventano dei veri e propri guardiani, ragion per cui devono controllare che il lodo non sia inefficace per violazione dell'ordine pubblico» (in *Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia*, in *Anuario de justicia alternativa*, n. 6/2005, p. 24).

¹⁸ Tra gli altri v. R. VERDERA SERVER, *Art. 9. Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. S. Barona Vilar), 2ª ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 414.

versia non possa essere soggetta ad arbitrato¹⁹. Come stabilito dalla sentenza del *Tribunal Supremo* del 18 aprile del 1998, in riferimento all'arbitrabilità dell'impugnazione degli accordi sociali, l'accordo arbitrale riguarda solo "l'alveo processuale necessario per risolverle"²⁰. La scelta dell'arbitrato implica, cioè, un atto di disposizione di natura processuale e non materiale, e pertanto, in linea generale, l'ordine pubblico non viene pregiudicato dal mero assoggettamento della lite all'arbitrato. Altra questione è che per i motivi che il legislatore ritenga convenienti - tra cui può esservi l'ordine pubblico - venga limitata la possibilità di disporre dell'"alveo processuale" per risolvere una determinata controversia, con attribuzione della competenza esclusiva alle corti di giustizia.

In definitiva, ciò significa che al momento di stabilire la arbitrabilità di una determinata controversia, si deve partire dall'idea che il criterio della disponibilità della materia previsto dall'art. 2 LA non si riferisce alla natura delle norme applicabili (dispositive o imperative) ma alla possibilità di disporre dell'alveo processuale nel quale verrà incanalata la controversia (giurisdizione o arbitrato)²¹.

3. L'estensione dell'arbitrabilità e l'incidenza sul controllo giudiziario del lodo

Quanto osservato deve essere messo in relazione con l'efficacia del lodo. Come segnala l'art. 43 LA, "il lodo produce gli effetti della cosa giudicata e di fronte a ciò sarà possibile esercitare solamente l'azione di annullamento e, eventualmente, richiedere la revisione come previsto dal Codice 1/2000, del 7 gennaio, di Procedura Civile rispetto alle sentenze definitive". Il lodo gode dunque dell'efficacia che l'ordinamento riserva alle sentenze defini-

¹⁹ In tal senso, si concorda con M.I. RODRÍGUEZ ROBLERO laddove traccia una necessaria distinzione tra "ordine pubblico" e "norme imperative". Come afferma l'autrice "il primo protegge gli interessi generali della comunità sugli interessi individuali o collettivi, siano essi rigorosamente statali o quelli su cui poggia l'ordine economico e morale di una società; mentre le norme imperative possono mirare alla protezione degli interessi privati" (in *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, Barcellona, 2010, p. 52).

²⁰ In tal senso risulta esemplificativa la sentenza dell'*Audiencia Provincial* di Barcellona n. 30 del 9 febbraio 2010, la quale osserva che "tale limite dell'ordine pubblico non può identificarsi con norme imperative, di conseguenza non dispositive, poiché in quel caso l'arbitrato difficilmente sarebbe applicabile nella misura in cui si discute la violazione di una norma di *ius cogens*. L'incidenza di norme imperative nella controversia, lungi dall'escludere l'arbitrato, impedisce che la controversia venga risolta dai giudici o, eventualmente, dagli arbitri al di fuori delle norme o contraddicendole".

²¹ In tal senso si pronuncia la sentenza del Tribunale Supremo di Giustizia dei Paesi Baschi n. 2675 del 30 settembre 2015, sottolineando che "ci troviamo di fronte a una questione regolata dalle norme dello *ius cogens*, però soggetta ad arbitrato fintanto che disponibile; poiché si tratta di due aspetti diversi che il convenuto sembra confondere: (i) l'alveo processuale - arbitrale o giudiziale - e (ii) il diritto sostanziale che deve essere utilizzato da chi è chiamato a decidere in una o nell'altra sede".

tive emesse dall'autorità giudiziaria. Se si aggiunge che l'arbitrato si configura come un "modello di risoluzione delle controversie in un'unica istanza"²², come indicato nel suddetto articolo, l'unica via per il riesame del lodo, al di là dell'ipotesi eccezionale della revisione delle sentenze definitive, è l'azione di annullamento disciplinata dall'art. 40 LA.

Tale azione costituisce un mezzo di impugnazione speciale (che non può in nessun caso essere considerato come un giudizio di secondo grado, né come un'impugnazione in senso proprio)²³ davanti a un organo giurisdizionale, la Sezione Civile e Penale del Tribunale Superiore di Giustizia della Comunità Autonoma dove la decisione è stata emessa (art. 8.5 LA), che in linea di principio non ha come scopo la revisione del merito del contenuto del lodo arbitrale, bensì la verifica dell'osservanza dei requisiti formali del procedimento arbitrale e della pronuncia del lodo²⁴. Con l'azione di annullamento, dunque, non si ha riproposizione della domanda già decisa dall'arbitro, bensì l'introduzione di una nuova controversia avente ad oggetto l'annullamento del lodo per taluno dei motivi previsti dalla legge²⁵.

Partendo da questa premessa, non c'è da stupirsi che, nella dottrina e nella giurisprudenza arbitrale, a livello nazionale e internazionale, sia stato sancito il divieto di riesame nel merito del lodo²⁶. Tuttavia, la validità del divieto non può essere predicata in termini assoluti. Se si ha riguardo alle cause di annullamento del lodo di cui all'art. 41.1 LA, si constata alla lettera f) che uno dei motivi di annullamento risiede nel fatto che il lodo sia «contrario all'ordine pubblico»²⁷. Per motivi di spazio, non ci si soffermerà a definire il concetto di ordine pubblico nell'ambito arbitrale. Però conviene comunque, ai fini del presente lavoro,

²² F. RAMOS MÉNDEZ, *El nuevo régimen del laudo arbitral*, in *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant lo Blanch, 2013 (in www.tirantonline.es; ultima consultazione: 28 novembre 2020).

²³ S. BARONA VILAR, in AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., p. 1340.

²⁴ J.L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, *El control judicial del arbitraje*, La Ley, Madrid, 2008, p. 24.

²⁵ J. REMÓN PEÑALVER, *Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas*, *InDret* 3/2007, pag. 7.

²⁶ Come segnalato da G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, "la dottrina e la giurisprudenza, in Spagna e più in generale, nel resto del mondo, sebbene con importanti sfumature, condividono in termini essenziali questo approccio, a tal punto che l'espressione francese *interdiction de révision au fond* ha avuto fortuna nell'ambito internazionale nel momento in cui si fa riferimento alla questione" (in *El control judicial sobre el fondo del laudo*, Marcial Pons, Barcellona, 2017, p. 10).

²⁷ L'art. 41.1 LA stabilisce che il lodo possa essere annullato solo quando la parte che fa richiesta di annullamento invoca e prova una delle cause elencate di seguito. Inoltre, come sottolineato, la lettera f) ricomprende come causa di annullamento l'ipotesi in cui il lodo sia contrario all'ordine pubblico.

osservare che nella giurisprudenza spagnola esiste una distinzione tra ordine pubblico sostanziale o materiale e ordine pubblico processuale²⁸.

Come segnala la sentenza del *Tribunal Supremo* della Catalogna del 14 gennaio del 2019, “in senso materiale, la violazione ha luogo quando si contravviene ai valori consacrati considerati fondamentali per la società, perché vengono essi stessi considerati come intangibili in un particolare contesto storico, sociopolitico, economico e culturale. Tuttavia, dal punto di vista procedurale, si può configurare violazione dell’ordine pubblico quando durante il procedimento arbitrale non sono stati rispettati i principi di contraddittorio, difesa e parità tra le parti”²⁹. In base a tale definizione, il divieto di riesame nel merito del lodo sarebbe rispettato per quel che riguarda l’ordine pubblico processuale, visto che il giudice, al momento di controllare se nell’arbitrato siano stati rispettati i principi essenziali del processo, svolgerà unicamente un giudizio esterno senza entrare nel merito del lodo³⁰. Tuttavia, nel caso in cui si debba verificare se un lodo sia contrario al cosiddetto ordine pubblico materiale, la revisione nel merito del lodo diventa, riteniamo, inevitabile.

Intorno al contenuto dell’ordine pubblico materiale si sono sviluppate numerose teorie³¹; al di là delle diverse sfumature, tutte sostanzialmente concordano sul fatto che il giudice, chiamato a verificare la possibile violazione dell’ordine pubblico materiale, deve conoscere nel merito il lodo per poter valutare se il suo contenuto sia contrario all’ordine pubblico stesso³². Se si pone in relazione questa idea con la progressiva estensione dell’arbitrabilità, si giunge inevitabilmente alla conclusione che mano a mano che l’arbitrato

²⁸ G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *El control judicial sobre el fondo*, cit., p. 70.

²⁹ STSG della Catalogna n. 2 del 14 gennaio 2019.

³⁰ «L’impugnazione del lodo che siamo autorizzati a effettuare si deve limitare a un giudizio esterno nel rispetto dell’accordo arbitrale, in conformità ai principi essenziali del processo e in osservanza dei diritti e delle libertà fondamentali» (così la STSG della Catalogna cit.).

³¹ Per un riepilogo delle diverse tendenze della giurisprudenza in materia cfr. A.M. LORCA NAVARRETE, *A la búsqueda de la anulación del laudo arbitral por vulneración del orden público económico*, in *Diario La Ley*, n. 8615 del 29 settembre 2015.

³² In modo analogo si pronuncia J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, quando sostiene che «è inevitabile che nella valutazione dell’ordine pubblico il giudice debba emettere una sentenza una sentenza [*sic*] sul “merito” di quanto stabilito dagli arbitri, e questo implica dare una lettura della decisione degli arbitri per verificarne eventualmente la contrarietà con la nozione” (*Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española*, in *Arbitraje*, vol. VIII, n. 3, 2015, p. 832). Analogamente, G. ORMAZABAL SÁNCHEZ sottolinea che “in caso di presunta violazione dell’ordine pubblico, l’autorità giudiziaria dovrà verificare se la norma la cui infrazione si considera lesiva dell’ordine pubblico possiede veramente tale carattere imperativo o indisponibile e, in caso affermativo, dovrà stabilire se tale norma sia stata o meno infranta. L’autorità giudiziaria, dunque, dovrà analizzare la decisione arbitrale, anche solo dal punto di vista dell’osservanza di una norma imperativa presumibilmente violata” (in *El control judicial sobre el fondo*, cit., p. 99).

coinvolge materie interessate dall'ordine pubblico, si fa più delicato il controllo dei giudici in sede di annullamento del lodo per possibile violazione dell'ordine pubblico³³.

In questo senso, diversi autori hanno messo in relazione l'ampliamento dell'ambito oggettivo dell'arbitrato con un aumento del controllo giudiziario in sede di annullamento del lodo per motivi di ordine pubblico. Così, Verdera Server osserva come “la possibilità che, tramite tale ampliamento, vengano affrontate questioni di *ius cogens* può consentire di ristabilire quel controllo generale sul merito del lodo che si voleva eliminare”³⁴. Analogamente, Perales Viscasillas fa notare che il criterio dell'ordine pubblico come limite all'arbitrabilità “è stato sostituito dal principio che gli arbitri devono rispettare l'ordine pubblico dello Stato, ma anche da un controllo più rigido della fase successiva al lodo”³⁵.

Questa idea, come vedremo, è a fondamento di una serie di decisioni del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid che si andranno ad analizzare, le quali hanno pronunciato l'annullamento di diversi lodi arbitrali che riguardavano controversie relative a contratti di convalida di permuta finanziaria (più comunemente noti come *swap*).

4. *L'incidenza della dottrina nella giurisprudenza del TSG di Madrid: la valutazione dell'“ordine pubblico economico”*

Negli ultimi anni, il protagonista indiscusso in materia di arbitrato in Spagna è stato il Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid. Come noto, a partire dalla riforma della legge sull'arbitrato del 2011, la competenza per le azioni di annullamento del lodo spetta a questi tribunali³⁶, e di conseguenza la giurisprudenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid, per l'importanza che la capitale riveste come sede di arbitrati in Spagna, ha un'incidenza speciale sulla pratica dell'arbitrato.

Il protagonismo di questo tribunale, però, non è dovuto solamente a questa ragione, ma soprattutto all'alto indice di lodi annullati³⁷. Una delle possibili cause che hanno provo-

³³ R. VERDERA SERVER, *Art. 9. Comentarios a la Ley de Arbitraje*, cit., p. 411.

³⁴ *Loc. ult. cit.*

³⁵ P. PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio arbitral*, cit., p. 167.

³⁶ Come rileva il Memorandum Esplicativo della Legge 12/2011 di riforma della Legge sull'Arbitrato, la *ratio* della riforma è quella di cercare una maggiore “uniformità” nella giurisprudenza arbitrale.

³⁷ La giurisprudenza emessa dal TSG di Madrid ha generato un certo allarme tra i professionisti che si dedicano all'arbitrato. V., ad es. *Gli annullamenti del TSGM mettono alla prova la Corte de Arbitraje di Madrid (El confiden-*

cato un tale aumento di annullamento dei lodi risiede, indubbiamente, nell'ampio concetto di ordine pubblico che il Tribunale di Madrid utilizza, attraverso il quale giustifica un controllo maggiore sul merito delle decisioni arbitrali³⁸. Tale concetto di ordine pubblico è stato messo in luce da numerose sentenze, ma, ai fini del presente lavoro ci si concentrerà solamente su alcune di esse. In particolare, ci si riferirà a quelle che hanno annullato lodi arbitrali emessi con riguardo a contratti di permuta finanziaria (d'ora in poi, *swap*).

Tra il 2015 e il 2016 il Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid ha annullato sette lodi relativi allo stesso tipo di contratto *swap*³⁹. Trattandosi di casi praticamente identici che obbediscono allo stesso schema, le sentenze condividono gran parte della rispettiva motivazione. In ciascun caso, gli attori chiedevano l'annullamento del lodo arbitrale per una presunta violazione dell'ordine pubblico a causa di un'errata interpretazione e applicazione delle norme di condotta stabilite dal Titolo VII della Legge della Borsa Valori e dai regolamenti di attuazione.

Volendo contestualizzare la questione, va considerato che negli arbitrati nei quali sono stati emessi i lodi impugnati, gli attori avevano chiesto che fosse dichiarata la nullità del contratto *swap*, con i relativi effetti economici. In sintesi, la questione riguarda, da una parte, la classificazione di "complesso" del contratto di permuta finanziaria oggetto della controversia, classificazione che implica l'obbligo da parte dell'istituto finanziario di fornire al cliente informazioni sui rischi che comporta l'operazione; dall'altra, l'adempimento della cosiddetta "prova di idoneità" da parte dell'istituto, il cui obiettivo è quello di valutare la situazione di ciascun cliente in modo da poter fornire consulenza sull'idoneità del prodotto finanziario scelto⁴⁰. Nei lodi che sono stati oggetto di impugnazione, gli arbitri avevano

cial, 16 giugno 2019, in https://www.elconfidencial.com/empresas/2019-06-16/corte-arbitraje-espana-anulacion-landos_2058846/; ultima consultazione: 28 novembre 2020)

³⁸ A tal proposito E. VEGA BARRERA afferma che "negli ultimi due anni, la Sezione Civile del TSG di Madrid ha esteso i limiti del concetto di ordine pubblico. In questo modo ha aperto una porta inesplorata o interdotta fino a quel momento, affinché il lodo arbitrale possa, in sede giudiziaria, essere esaminato in modo approfondito" (in "Anulación de laudos arbitrales: el orden público baila en un nuevo escenario en el TSJ de Madrid", *Diario La Ley*, n. 9041 del 14 settembre 2017, p. 4).

³⁹ STSG di Madrid n. 3 del 19 gennaio 2016; STSG di Madrid n. 45 del 26 maggio 2015; STSG di Madrid n. 27 del 6 aprile 2015; STSG di Madrid n. 30 del 14 aprile 2015; STSG di Madrid n. 79 del 3 novembre 2015; STSG di Madrid n. 13 del 28 gennaio 2015.

⁴⁰ G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *El control judicial sobre el fondo del laudo*, cit., p. 77.

deciso a favore degli istituti finanziari, ritenendo che non si trattasse di un prodotto “complesso” secondo quanto previsto dall’art. 79.8 della Legge della Borsa Valori⁴¹.

Chiamato a decidere sull’annullamento, il Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid ha mutato la propria giurisprudenza, dichiarando la nullità dei lodi in esame.

Secondo la sentenza del 28 gennaio del 2015, nel concetto di ordine pubblico di cui all’art. 41.1, lett. f), LA, è compresa “sia la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dal Capitolo II del Titolo I della Costituzione, sia, in base a quanto previsto anche dal Diritto dell’Unione Europea, quello che è stato definito «ordine pubblico economico»⁴². In quest’ottica, il Tribunale rileva che il “paradigma evidenziato del principio che integra l’ordine pubblico economico è quello della buona fede contrattuale (...) la cui inosservanza è particolarmente ingiustificabile quando nella stipula di un contratto si verifica una situazione di disparità, sproporzione o asimmetria tra le parti a causa della complessità del prodotto oggetto del contratto e della diversa conoscenza che ne hanno i rispettivi contraenti”. In tal senso, il Tribunale illustra in modo meticoloso la normativa da applicare al contratto in esame, arrivando a concludere che la legge non si limita a classificare gli *swap* come prodotti finanziari complessi, ma proibisce di considerarli come non complessi: “si tratta, se così si può dire, di una *praesumptio iuris et de iure* di complessità, non suscettibile di prova contraria”⁴³. Di conseguenza, il Tribunale considera “determinante l’errore palese che inficia il lodo nel momento in cui non ritiene necessaria la prova di idoneità”⁴⁴ e, pertanto, la motivazione del lodo “contravviene all’ordine pubblico poiché arbitraria, *ex art. 24.1 CE*, ovvero palesemente contraria alle norme legali imperative; si dà il caso che, inoltre, tali norme di *ius cogens* siano espressione del principio generale di buona fede contrattuale, e questo principio, in modo particolare in questo tipo di contratto e con questo tipo di contraenti, integra una questione di ordine pubblico, causa di annullamento ai sensi dell’art. 41.1, lett. f), LA”⁴⁵.

A prescindere dalle valutazioni che si possono fare su questa motivazione che, si ribadisce, è praticamente identica nelle sentenze considerate, ciò che rileva ai fini del presente

⁴¹ STSG di Madrid n. 13 del 28 gennaio 2015, punto 1 della motivazione.

⁴² STSG di Madrid cit., punto 4 della motivazione.

⁴³ STSG di Madrid cit., punto 6 della motivazione.

⁴⁴ STSG di Madrid cit., punto 8 della motivazione.

⁴⁵ STSG di Madrid cit., punto 8 della motivazione.

lavoro è il controllo che, sotto il profilo della violazione dell'ordine pubblico, viene svolto sul merito del lodo, nel quale si apprezza l'incidenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza.

5. L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza del TSG di Madrid

Va sottolineato che le sentenze alle quali si fa riferimento in questo lavoro hanno generato una vasta eco, trovando spazio persino nei mezzi di comunicazione⁴⁶. In tal senso, un settore della dottrina ha denunciato che il Tribunale di Madrid abbia finito per svolgere «una sorta di revisione del merito della causa, che può essere considerata un vero e proprio ostacolo per l'arbitrato nazionale e un pregiudizio causato a quello internazionale, nel senso che la Spagna non ha più di fatto una giurisprudenza *pro* arbitrato»⁴⁷. In modo ancora più vigoroso un autore ha segnalato che la sentenza (nella specie, la sentenza del 28 gennaio 2015, anche se quanto detto può essere riferito anche alle altre decisioni) è entrata nel contenuto sostanziale del lodo, agendo «come istanza d'appello» e snaturando «l'azione di nullità della Legge sull'Arbitrato», concludendo che «lo sconfinamento del TSG è, senza alcun dubbio, l'errore più grave perché mina la base dell'arbitrato»⁴⁸.

Tali critiche non sono state sufficienti a determinare un ripensamento del TSG di Madrid, in quanto nelle successive sentenze il Tribunale ha consolidato il proprio orientamento circa la possibilità di verificare il merito del lodo, affidandosi alla dottrina.

È il caso, per esempio, della sentenza del 23 ottobre del 2015. In tale sentenza, il Tribunale rafforza la tesi favorevole alla possibilità di controllare il merito del lodo per verificare la conformità con l'ordine pubblico. Per giustificare il proprio operato, il Tribunale fa affidamento alle idee a cui si è fatto riferimento nel presente lavoro. La circostanza che una specifica materia sia regolata da norme imperative non significa che le relative controversie

⁴⁶ Come intitolava *Expansión* il 12 aprile 2015, «Il settore dell'arbitrato è sotto shock a causa di una sentenza del TSG di Madrid. Ritiene di non annullare il lodo per una ragione formale, come prescritto» (<https://www.expansion.com/juridico/sentencias/2015/04/12/5527f51422601dee668b4571.html>; ultima consultazione: 28 novembre 2020)

⁴⁷ M.P. PERALES VISCASILLAS, *Los laudos sobre Swaps en la jurisprudencia del TSJ de Madrid*, in *Diario La Ley*, n. 8700 del 11 febbraio 2016 (edizione digitale).

⁴⁸ M. CONTHE, *Swap de intereses: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015*, in *Diario La Ley*, n. 8515 del 9 aprile 2015, p. 8.

non possano essere soggette ad arbitrato, ma gli arbitri hanno il dovere di applicare le suddette norme. È proprio per sostenere tale idea che il Tribunale si affida alla dottrina.

La sentenza riporta un'importante citazione letterale di Fernández Rozas, autore di riferimento in materia. Poiché la finalità principale di questo lavoro è analizzare l'incidenza della dottrina nella giurisprudenza, si ritiene pertinente riportare qui la citazione completa:

“L'arbitrabilità della controversia, è vero, sta guadagnando terreno nella misura in cui l'arbitrato sta diventando abituale tra i soggetti coinvolti nel traffico commerciale internazionale. In questo modo materie tradizionalmente scomode nell'arbitrato come l'antitrust o la proprietà industriale, il diritto delle società multinazionali, divengono oggi consuetudine degli arbitri sia nell'arbitrato nazionale che in quello internazionale. Tuttavia, questa evoluzione nel settore delle materie arbitrabili ha un prezzo: se l'arbitrato si addentra in territori toccati da interessi generali o politiche legislative di protezione, deve tenere ben presente il terreno in cui si addentra, e cosa implica trattare con materie che hanno ricevuto una particolare attenzione da parte dello Stato. L'ingresso dell'arbitrato in questi settori dell'ordinamento comporta un aumento del controllo relativamente al merito. È proprio qui che, in modo palese, il risultato sostanziale di un lodo arbitrale viene controllato, e lo possiamo dire con fermezza. Gli Stati non vietano che la risoluzione di un conflitto avvenga tramite arbitrato; però qualora la controversia sia disciplinata da norme sostanziali di carattere imperativo o da principi di ordine pubblico il Tribunale statale incaricato dell'annullamento può, in modo legittimo, auspicarne il rispetto e l'applicazione. Il discusso concetto - ordine pubblico - previsto dall'art. 36.b.ii) del Modello di Legge UNCITRAL o, in sede di riconoscimento dei lodi arbitrali esteri, dall'art. V.2.b) della Convenzione di New York del 1958 (RCL 1977, 1575) è chiarissimo. In realtà, mantenendo il principio di assenza del controllo a tutti gli effetti, risultava difficile stabilire a cosa si riferissero queste leggi, considerato che l'ordine pubblico processuale ha, nelle cause di annullamento relative alla regolarità del procedimento arbitrale, il suo naturale luogo di revisione. Ma la verità è che il controllo esiste e riguarda il merito della questione; quando una norma imperativa deve

essere applicata, il fatto che l'organo giudicante sia nazionale o estero, arbitrale o giudiziale, passa in secondo piano"⁴⁹.

Di seguito, la sentenza aggiunge un'altra citazione dello stesso autore per integrare il pensiero di cui sopra:

“Un lodo emesso con indifferenza rispetto all'ordinamento in cui deve essere applicato può generare dei problemi... L'efficacia del lodo sarebbe oggetto di impugnazione sotto il profilo della violazione dell'ordine pubblico dello Stato che lo giudica, e non sotto il profilo dell'arbitrabilità della controversia. Tale opinione espressa dalla CGUE sul caso “Eco Swiss c. Benetton”, ripresa successivamente in giurisprudenza, implica il dovere del rispetto dell'ordine pubblico comunitario sotto tutti i suoi aspetti”⁵⁰.

Attraverso questa citazione, il tribunale sembra voler confutare le critiche generate dalle prime sentenze di annullamento dei lodi relativi agli *swap*, provocando così un dialogo implicito tra dottrina e giurisprudenza.

La sentenza definisce “incomprensibile” il fatto che, da una parte, si ipotizzi che il rispetto alle norme imperative sia un dovere dell'arbitro e che, dall'altro lato, questi venga accusato di “eccesso di potere giurisdizionale” quando nel processo di annullamento del lodo accerta se, al momento di pronunciare la sentenza, siano state osservate tali norme imperative⁵¹. In questo modo, viene introdotta l'analisi dei due motivi che portano all'annullamento del lodo: l'assenza della motivazione del lodo come violazione dell'ordine pubblico (processuale) e la violazione dell'ordine pubblico economico (sostanziale).

La sentenza cerca di giustificare il controllo della motivazione del lodo poiché, come sottolinea, non è ammissibile che il controllo sulla motivazione debba limitarsi ai casi in cui si è verificato un “errore accidentale”⁵². Si parte dal presupposto che il tribunale competen-

⁴⁹ Citazione estrapolata direttamente dalla STSG di Madrid n. 3 del 19 gennaio 2016, punto 2 della motivazione. In realtà, come già segnalato, la decisione richiama l'opinione di J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la ley 60/2003, de arbitraje*, cit., pp. 80-81. Va sottolineato che questa stessa citazione è stata utilizzata di recente dallo stesso tribunale - e dallo stesso relatore - in una sentenza che riguardava l'annullamento di un lodo atto a risolvere una controversia relativa a un contratto di franchising: cfr. la STSG di Madrid n. 49 del 13 dicembre 2018.

⁵⁰ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la ley 60/2003, de arbitraje*, cit., pp. 82-83.

⁵¹ STSG di Madrid n. 12653 del 23 ottobre 2015, punto 5 della motivazione.

⁵² “La Sezione del Tribunale non può accettare che, con una semplificazione grave e priva di fondamento, si intenda assimilare la violazione dell'ordine pubblico, motivo di annullamento del lodo, ad un mero “errore accidentale” (STSG di Madrid n. 12653 del 23 ottobre 2015, *ibidem*).

te sull'annullamento del lodo possa “verificare, dal punto di vista del controllo dell'ordine pubblico, che la motivazione, in generale, e la valutazione della prova, in particolare, contenute nel lodo, possano essere lesive dell'art. 24.1 CE”⁵³. A quest'idea si collega il concetto che il tribunale ha dell'ordine pubblico soggetto a protezione mediante l'art. 41.1 f) LA. Come affermato nella sentenza, l'ordine pubblico “comprende sia la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dal Capitolo II del Titolo I della Costituzione, sia, in base a quanto previsto perfino dal Diritto dell'Unione Europea, quello che è stato definito “ordine pubblico economico”, nel quale vengono incluse talune regole fondamentali e principi contrattuali irrinunciabili, o bisognosi di particolare protezione”⁵⁴. Pertanto, l'opinione del tribunale è che la verifica del merito del lodo alla ricerca di una probabile violazione dell'ordine pubblico è più che giustificata. In questo modo, il tribunale applica il concetto a cui facevamo riferimento all'inizio del lavoro - e che viene espresso in modo molto chiaro da Fernández Rozas nella citazione richiamata nella sentenza – in forza del quale l'ordine pubblico non esclude l'arbitrabilità, ma obbliga l'arbitro a farne applicazione, pena la nullità del lodo ai sensi dell'art. 41.1 f) LA⁵⁵.

Infine, è opportuno segnalare che l'impatto di questa citazione nella giurisprudenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid non si limita a questa sentenza; come già evidenziato, infatti il Tribunale l'ha utilizzata in modo ricorrente non solo nelle sentenze relative a contratti *swap*⁵⁶, ma anche per decidere sull'impugnazione dei lodi arbitrari in altre materie⁵⁷.

6. *La posizione di Fernández Rozas*

Al pari delle norme, anche le opinioni dottrinali sono soggette a interpretazioni e, in questo caso, sembra che l'interpretazione data dal Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid della citazione del lavoro di Fernández Rozas non corrisponda esattamente all'idea che l'autore ha in materia.

⁵³ STSG di Madrid n. 12653 del 23 ottobre 2015, *ibidem*.

⁵⁴ STSG di Madrid n. 12653 del 23 ottobre 2015, *ibidem*.

⁵⁵ Tra gli altri, anche M.J. CARAZO LIÉBANA sostiene quest'idea (cfr. *El arbitraje societario*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 150).

⁵⁶ Oltre che dalla citata STSG di Madrid n. 12653 del 23 ottobre 2015, la citazione viene utilizzata nella STSG di Madrid n. 79 del 23 novembre 2015, nonché dalla STSG di Madrid n. 3 del 19 gennaio 2016.

⁵⁷ STSG di Madrid n. 16 del 12 aprile 2018; STSG di Madrid n. 49 del 13 dicembre 2018.

Ciò si desume da due articoli nei quali l'autore si è occupato dell'annullamento dei lodi sui contratti *swap* di cui si sta trattando⁵⁸. Ancorché gli articoli siano precedenti alla prima sentenza nella quale viene inserita la citazione (motivo per cui egli non ha avuto l'opportunità di eccepire direttamente rispetto al suo utilizzo), in essi Rozas assume comunque una posizione assai critica nei confronti della giurisprudenza in commento.

L'autore rileva come le sentenze del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid abbiano messo in allarme i collegi arbitrali, preoccupati che, ove questa giurisprudenza si consolidi, la capitale spagnola possa perdere il proprio ruolo di protagonista nella pratica dell'arbitrato istituzionale. L'autore analizza inoltre, in linea generale, l'estensione e il limite del controllo giudiziario sul lodo arbitrale.

Egli assume una posizione che a prima vista sembrerebbe diversa da quella espressa nel lavoro citato dalla sentenza, ma che in realtà non è altro che una precisazione - o meglio, un chiarimento - della tesi sostenuta in precedenza. Concentrandosi sulla limitazione del controllo giudiziario del lodo al "risultato", egli afferma che, anche quando il lodo ha ad oggetto materie interessate dall'ordine pubblico, il giudice non deve arrivare a valutare come l'arbitro ha risolto la controversia⁵⁹.

In sintesi, la conseguenza di questa posizione è che "la violazione dell'ordine pubblico non può includere qualsiasi violazione di una norma giuridica, anche se si tratta di norma imperativa, poiché non tutte le violazioni di norme imperative riguardano l'ordine pubblico, sicché la violazione si configura solamente quando l'arbitro abbia emesso un lodo che violi palesemente i diritti fondamentali, secondo le norme procedurali applicabili". L'autore

⁵⁸ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales*, *Diario La Ley*, 8537 del 12 maggio 2015 pp. 1-9; ID., *Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española*, in *Arbitraje*, Vol. III, 2015, pp. 823-852.

⁵⁹ "Il giudice dovrebbe limitarsi a verificare il risultato del lodo controllando se gli arbitri erano a conoscenza del fatto che esisteva un problema di ordine pubblico (...). In altre parole, il giudice non può esaminare l'esattezza della motivazione del lodo partendo dalla nozione di ordine pubblico" (ID., *Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales*, cit., p. 5).

esclude così la possibilità di sindacare la motivazione⁶⁰, limitando l'attività di controllo giudiziale al "risultato del lodo"⁶¹.

Ciò sembrerebbe in contrasto con la citazione riportata dalla sentenza, laddove si afferma che "qualora la controversia sia disciplinata da norme sostanziali di carattere imperativo o da principi di ordine pubblico di natura positiva, il Tribunale statale adito per l'annullamento può, legittimamente, auspicarne il rispetto e l'applicazione"⁶². E' quindi desumibile una posizione favorevole a un controllo giudiziario senza limitazioni sul merito del lodo quando si tratti di verificare l'applicazione delle norme imperative o dei principi di ordine pubblico. Tuttavia, se si ha riguardo alla citazione nel suo insieme, è evidente che l'autore fa già un esplicito riferimento al fatto che tale controllo debba vertere in modo specifico sul "risultato sostanziale" del lodo arbitrale⁶³. In questo modo l'autore sposta l'attenzione del controllo giudiziario dalla motivazione al risultato del lodo, contrariamente a quanto sostenuto nelle sentenze del tribunale madrilen.

Diverse sono le obiezioni che si possono sollevare rispetto a quest'idea. La principale riguarda la difficoltà di definire il significato di "risultato sostanziale" del lodo. In tal senso, Ormazabal Sánchez sottolinea che esistono due possibili interpretazioni: da una parte, il risultato potrebbe essere "l'effetto giuridico del lodo contenuto nella parte dispositiva"⁶⁴; dall'altro, esso potrebbe anche essere interpretato come "il fatto di aver violato una norma imperativa [nel caso concreto] che regola il regime di permuta finanziaria"⁶⁵. L'autore conclude che, accedendo alla prima interpretazione, la dichiarazione di validità di un contratto e la corrispondente pena al pagamento degli importi dovuti in forza di esso non costituisce per sé una violazione dell'ordine pubblico. Mentre, accedendo alla seconda interpretazione, la violazione delle norme imperative che regolano tale contratto e che determina il senso

⁶⁰ "La regola è l'impossibilità di un intervento di revisione del lodo da parte dell'autorità giudiziaria quanto al merito (*meritum causae*) e rispetto agli eventuali errori *in iudicando*; le decisioni degli arbitri sono esenti da ulteriore censura per quel che riguarda il modo di valutare i fatti o le prove, l'interpretazione del diritto sostanziale o gli estremi che hanno determinato un particolare ragionamento giuridico" (ID., *Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales*, cit., p. 4).

⁶¹ ID., *Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales*, cit., p. 4.

⁶² ID., *Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la ley 60/2003, de arbitraje*, cit., p. 81.

⁶³ *Ivi*, p. 64.

⁶⁴ G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *El control judicial sobre el fondo del laudo*, cit., p. 80.

⁶⁵ *Ivi*, p. 80.

del dispositivo del lodo potrebbe probabilmente essere considerato un risultato contrario all'ordine pubblico⁶⁶.

Se ci si limita ai lavori più recenti di questo autore, è evidente la sua preferenza per la prima interpretazione, laddove sostiene che “il giudice deve limitarsi a controllare il risultato del lodo, e verificare se gli arbitri erano coscienti dell'esistenza di un problema di ordine pubblico, escludendo l'ipotesi di un esame delle motivazioni, e senza che sia necessario verificare in che modo gli arbitri hanno risolto il problema”⁶⁷.

Al di là delle obiezioni di fondo che il tema può suscitare, ciò che merita notare ai fini del presente lavoro è che, in questo caso, la dottrina incide chiaramente sulla giurisprudenza, giacché un argomento trattato in un lavoro scientifico viene incorporato in una serie di sentenze allo scopo di promuovere una particolare posizione giuridica in merito alla portata del controllo giudiziale sul merito del lodo. Tuttavia, la particolarità di questo caso risiede nel fatto che la posizione assunta della giurisprudenza è l'esatto contrario di quanto sostenuto dall'autore della citazione riportata nella sentenza.

7. L'incidenza diretta della dottrina sulla giurisprudenza del TSG di Madrid

Si è analizzata fin qui l'incidenza della dottrina di un autore in particolare su una serie di sentenze del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid. Come si è potuto vedere, si tratta di un'incidenza esplicita di una posizione dottrinale chiamata ad integrare e consolidare una tesi che il tribunale aveva già sostenuto in altre sentenze⁶⁸. Tuttavia, in questo caso, l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza va ben oltre una semplice citazione dottrinale.

Non si può ignorare che le sentenze oggetto di commento in questo lavoro sono state pronunciate dallo stesso organo giudiziario e che, in ciascuna di esse, il giudice relatore era sempre Santos Vijande, docente di diritto processuale⁶⁹.

⁶⁶ *Ibidem*, pag. 80.

⁶⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española*, cit., p. 844.

⁶⁸ Sembra che sia proprio questa la funzione che la dottrina riesce a svolgere nel migliore dei modi sulla giurisprudenza, visto che come segnala X. O'CALAGHAN MUNOZ, essa «non è fonte del diritto, ma un semplice mezzo per conoscerlo e approfondirne lo studio» (in *Compendio de Derecho Civil*, vol. 1, Edersa, Madrid, 2004, edizione digitale).

⁶⁹ A proposito di questo tema, M.P. PERALES VISCASILLAS sottolinea che, a suo giudizio, uno dei motivi del mutamento della giurisprudenza del TSGM è stato “l'arrivo nel 2014 del docente di diritto processuale, Santos Vijande, relatore di tre delle sei sentenze di annullamento, che potrebbe aver trasferito all'interno della

È noto che l'accesso alla carriera giudiziaria in Spagna avviene tramite concorso libero⁷⁰. Tuttavia, la LOPJ (Legge organica del potere giudiziario) conserva alcune eccezioni, tra cui quella prevista per le nomine di una parte dei Magistrati delle Sezioni Civile e Penale dei Tribunali Superiori di Giustizia. Così, per questi organi giurisdizionali, l'art. 330.4 LOPJ prevede che “una posizione su tre dovrà essere ricoperta da un riconosciuto e prestigioso giurista con più di 10 anni di esercizio professionale nella comunità autonoma, nominato su proposta del Consiglio Generale della Magistratura e scelto fra una terna di candidati presentata dall'Assemblea legislativa”.

Questo tipo di accesso in qualità di Magistrato favorisce quei giuristi che hanno svolto professioni legali, i quali possiedono una solida formazione giuridica e possono apportare esperienze di diversa natura acquisite nell'esercizio delle rispettive professioni⁷¹. Di conseguenza è normale che i professori di diritto delle università spagnole accedano alla carriera di magistrato con questo meccanismo.

Quanto detto pone di fronte ad un altro tipo di modalità nel passaggio di conoscenze tra la dottrina e la giurisprudenza. Infatti, non si ha passaggio di conoscenze solo quando la giurisprudenza, in modo più o meno esplicito, sostiene i propri argomenti facendo riferimento alle opinioni dottrinali, ma anche quando i membri della dottrina scientifica svolgono direttamente funzioni giurisdizionali.

Esaminare l'idoneità dei membri della dottrina scientifica ad esercitare questo genere di funzioni può essere molto interessante da diversi punti di vista. Tuttavia, tale questione resta fuori dagli obiettivi del presente lavoro, e verrà affrontata in altra sede.

Al contrario, rientra negli obiettivi del presente lavoro affrontare il tema della possibile relazione tra lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali da parti dei membri della dottrina scientifica e l'utilizzo delle fonti dottrinali nelle sentenze.

Sezione del Tribunale la sua personale visione sull'arbitrato” (in *Los laudos sobre swaps en la jurisprudencia del TSJ de Madrid*, cit., pag. 6). Un riferimento a tale circostanza è contenuto anche nella pagina web della Magistratura, in <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Madrid/Sala-de-prensa/Notas-de-prensa/-Santos-Vijande-toma-posesion-como-nuevo-magistrado-de-la-Sala-Civil-y-Penal-del-TSJ-de-Madrid> (ultima consultazione: 28 novembre 2020).

⁷⁰ Art. 301.3 LOPJ: “L'accesso alla carriera giudiziaria per la categoria di giudice avverrà tramite superamento di concorso libero e di un corso teorico e pratico di selezione che verrà effettuato nella Scuola Giudiziaria”.

⁷¹ V., a tal proposito, AA.VV., *Curso de Derecho Procesal Civi*, I, Editorial Universitaria Ramón Areces, 4^a ed., 2019, p. 55.

Ad avviso di chi scrive esiste una relazione di causa-effetto. Appare infatti evidente che se il tribunale è composto da un membro della dottrina, ed ancor più se assume il ruolo di giudice relatore, le possibilità che la decisione includa argomenti tratti da opere dottrinali aumentano in modo esponenziale.

Si giunge a tale conclusione semplicemente per una questione metodologica. Se il magistrato si è precedentemente dedicato alla ricerca in campo giuridico, sarà più propenso a ricorrere a fonti dottrinali e, di conseguenza, sarà più incline a integrare nelle proprie decisioni argomenti tratti da opere dottrinali. Non solo: è assai probabile che il trattamento delle fonti dottrinali utilizzate avvenga con maggior rispetto nei confronti dell'autore di quanto non succeda nella consueta *praxis* di corti e tribunali spagnoli.

Detto questo, va doverosamente sottolineato che le conclusioni qui raggiunte sono tratte dalla disamina di alcuni casi concreti, e per essere confermate in maniera generale richiederebbero uno studio statistico che va ben oltre il limite del presente lavoro.

8. Conclusioni

Dopo aver illustrato le teorie dottrinali sulla relazione tra arbitrabilità, ordine pubblico e controllo giudiziale, e analizzatane l'incidenza nella recente giurisprudenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid, si possono formulare le seguenti conclusioni:

I) esiste un consenso dottrinale, a livello nazionale e internazionale, che mette in relazione l'estensione dell'arbitrato a talune materie interessate dall'ordine pubblico con un maggior controllo delle corti di giustizia in sede di annullamento del lodo;

II) tale tesi è stata accolta dal Tribunale Superiore di Giustizia di Madrid, il quale ha ritenuto che i contratti *swap* fossero regolati dalla legislazione europea che, secondo quanto indicato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, appartiene al campo del cosiddetto "ordine pubblico economico";

III) la dottrina scientifica ha avuto un ruolo complementare nelle decisioni citate, nel senso che è servita per rafforzare un particolare orientamento. Pertanto, non sarebbe corretto affermare che l'incidenza della dottrina in questo caso sia andata al di là di tale ruolo, visto che le prime decisioni giurisprudenziali non includevano la citazione analizzata;

IV) è possibile utilizzare una particolare citazione dottrinale per giungere a sostenere una tesi contraria a quella sostenuta dall'autore;

V) il trasferimento di conoscenze tra dottrina e giurisprudenza può andare oltre la pratica tradizionale dell'inclusione di citazioni dottrinali in decisioni giurisprudenziali, in quanto tale trasferimento si verifica anche quando membri della dottrina scientifica vengono nominati per svolgere funzioni giurisdizionali;

VI) la circostanza che i membri della dottrina scientifica svolgano tali funzioni può avere un impatto quantitativo e qualitativo diretto sull'utilizzo delle fonti dottrinali nell'elaborazione delle decisioni giurisdizionali.

Abstract

La giurisprudenza della Corte Suprema di Giustizia di Madrid in materia di arbitrato sembra puntare a un maggiore controllo dei lodi arbitrali attraverso l'azione di annullamento. In questo saggio analizzeremo innanzitutto in termini generali il concetto di "arbitrabilità" e la sua espansione negli ultimi anni, prestando particolare attenzione al legame tra tale estensione e l'aumento del controllo giudiziario sui lodi. In secondo luogo, analizzeremo la posizione giurisprudenziale della Corte Suprema di Giustizia su questo tema e, soprattutto, l'impatto che la dottrina, attraverso varie modalità, ha avuto sullo sviluppo di questa giurisprudenza.

Abstract

The Superior Court of Justice of Madrid's case-law in the field of arbitration seems to point towards greater control of arbitral awards through the annulment action. In this paper, we will first analyze in general terms the concept of "arbitrability" as well as its expansion in recent years, paying special attention to the link between that extension and the increase of judicial control over the awards. Secondly, we will analyze the jurisprudential position of the Superior Court of Justice on this issue and, especially, the impact that the doctrine, through various modalities, has had on the development of this case-law.

Cadice, dicembre 2020.