

Dottorato di Ricerca in diritto dell'arbitrato interno ed
internazionale
XXIII Ciclo

*L'imparzialità dell'arbitro: profili
comparatistici*

Tutor:
Chiar.mo Prof. Antonio Briguglio

Candidato:
Rita Tuccillo

ANNO ACCADEMICO 2011/2012

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	5
-------------------	---

CAPITOLO I: L'IMPARZIALITÀ DEGLI ARBITRI IN INGHILTERRA.

1.1 L'istituto arbitrale.....	7
1.2 <i>Arbitration agreement</i> : fonte di poteri e doveri.....	11
2.1 Imparzialità.....	13
2.2 Imparzialità giudiziale.....	14
2.3 Imparzialità degli arbitri.....	18
2.4 <i>Potential bias</i>	22
2.5 La disciplina dell'imparzialità nell' <i>Arbitration Act 1996</i>	23
2.6 Evoluzione giurisprudenziale del criterio del <i>realdanger of bias</i>	26
2.7 Effetti della parzialità.....	30
2.8 Il <i>duy of disclosure</i>	31
3.1 Formazione del tribunale arbitrale.....	32
3.2 Capacità dell'arbitro e qualifiche.....	32
3.3 Modalità di formazione del Tribunale arbitrale.....	34
3.4 Il cosiddetto <i>sole arbitrator</i>	36
3.5 <i>Chairman</i> ed <i>umpire</i>	38
4.1 Strumenti per assicurare l'imparzialità arbitrale.....	46
4.2 La <i>revocation</i> dell'arbitro.....	47
4.3 <i>Removal</i>	48
4.4 <i>Resignation</i>	51
5.1 L'impugnazione del lodo per seria irregolarità.....	53
5.2 L'impugnazione del lodo emesso dall'arbitro parziale.....	59
6.1 Informazioni personali dell'arbitro.....	61
6.2 Profili di responsabilità.....	63

CAPITOLO II:
L'IMPARZIALITÀ DELL'ARBITRO NELL'ORDINAMENTO
GIURIDICO FRANCESE.

1.1 L'istituto arbitrale.....	65
1.2 La costituzione del tribunale arbitrale.....	68
1.3 Statuto dell'arbitro.....	68
1.4 Composizione del tribunale.....	70
2.1 Imparzialità.....	72
2.2 Arbitri di parte.....	76
2.3 Metodo di valutazione dell'imparzialità arbitrale.....	79
2.4 Arbitrato multiparti e imparzialità degli arbitri.....	81
2.5 Indipendenza del giudice.....	85
3.1 Strumenti per garantire l'imparzialità: <i>duty of disclosure</i>	86
3.2 Effetti della violazione del <i>duty of disclosure</i>	92
3.3 Ricusazione.....	94
3.4 <i>Révocation e récusation</i>	94
3.5 Cause di ricusazione.....	96
4.1 Impugnazione del lodo.....	101
4.2 <i>Recours en annulation</i>	104
4.3 Impugnazione del lodo emesso dall'arbitro parziale.....	110
5.1 Profili di responsabilità degli arbitri.....	113

CAPITOLO III:
L'IMPARZIALITÀ DELL'ARBITRO NELL'ORDINAMENTO
GIURIDICO TEDESCO.

1.1 L'istituto arbitrale.....	115
2.1 Gli arbitri.....	118
2.2 La costituzione del tribunale arbitrale.....	120
2.3 Capacità di essere arbitro.....	120
3.1 Composizione del collegio arbitrale.....	123
3.2 Nomina ad opera della Corte d'Appello.....	126
4.1 Indipendenza ed imparzialità dei giudici statali.....	128
4.2 Indipendenza ed imparzialità degli arbitri.....	131
4.3 Tutela della parte debole.....	134

4.4 Arbitrato multiparti.....	136
4.5 <i>Duty of disclosure</i>	138
5.1 Ricusazione.....	140
5.2 Motivi di ricusazione.....	140
5.3 Le qualifiche convenute dalle parti.....	144
5.4 Procedimento di ricusazione.....	145
5.5 Cessazione dell'incarico arbitrale.....	149
5.6 Nomina del sostituto.....	150
6.1 Impugnazione del lodo.....	150
6.2 Correzione, interpretazione e integrazione del lodo.....	151
6.3 Ricorso per annullamento <i>ex par.</i> 1059 ZPO.....	152
6.4 Effetti dell'impugnazione.....	155
6.5 Profili di responsabilità degli arbitri.....	156

**CAPITOLO IV:
L'IMPARZIALITÀ DELL'ARBITRO NELL'ORDINAMENTO
GIURIDICO SPAGNOLO.**

1.1 L'istituto arbitrale.....	158
1.2 L'arbitro.....	161
1.3 La nomina degli arbitri.....	161
1.4 Nomina da parte di un terzo.....	162
1.5 Nomina ad opera del giudice.....	165
1.6 Analisi dell'articolo 15 legge 60/2003.....	167
2.1 Capacità di essere arbitro.....	169
2.3 Condizione di avvocato.....	171
2.4 Arbitro <i>inhabilis</i>	173
3.1 Arbitro <i>suspectus</i>	175
3.2 <i>Imparcialidad e independencia</i>	176
3.3 Imparzialità e indipendenza degli arbitri.....	179
3.4 Garanzie dell'imparzialità.....	182
3.5 Il dovere di imparzialità.....	184
4.1 La ricusazione.....	186
4.2 Le cause di ricusazione disciplinate dalla legge 23 dicembre 2003 n. 60.....	191
4.3 Informazione personale dell'arbitro.....	194
5.1 Procedimento di ricusazione.....	196

5.2 Le caratteristiche del procedimento.....	197
6.1 <i>Impugnación del laudo</i>	206
6.2 Effetti dell'annullamento del lodo.....	210

**CAPITOLO V:
PROFILI COMPARATIVI.**

1.1 L'imparzialità dell'arbitro.....	212
1.2 L'indipendenza è un valore funzione.....	215
1.3 Arbitri di parte.....	216
1.4 Tutela dell'imparzialità dell'arbitro.....	222
2.1 Imparzialità: nozione e dovere.....	222
2.2 Capacità degli arbitri.....	224
3.1 Obbligo di <i>disclosure</i> nel diritto italiano.....	228
3.2 Colloqui preliminari tra parti e arbitri.....	236
4.1 Ricusazione e astensione del giudice privato.....	241
4.2 La ricusazione.....	244
4.3 Criteri per la valutazione delle circostanze che legittimano la ricusazione arbitrale.....	246
4.4 La scelta del legislatore italiano.....	248
4.5 Analisi dei motivi di ricusazione.....	250
4.6 Arbitro collega del difensore di una delle parti.....	259
4.7 Arbitri seriali.....	261
5.1 Procedimenti di ricusazione.....	262
5.2 Sospensione e riattivazione della procedura.....	266
6.1 Rimedi successivi alla parzialità dell'arbitro.....	269
6.2 L'impugnazione del lodo emesso dall'arbitro parziale.....	274
6.3 Rimedi contro il lodo emesso dall'arbitro parziale: cenni comparatistica.....	277
6.4 Circolazione dei lodi.....	278

BIBLIOGRAFIA.....	285
-------------------	-----

INTRODUZIONE

In un Decreto di Gian Galeazzo Visconti si sanciva che il Podestà o il Giudice potevano affidare la risoluzione della vertenza “*tribus bonis viris, partibus non subiectis*” i quali dovevano “*de plano, sine strepitu, juris ordine servato et non servato, cessantibus cavillationibus et frivolis exceptionibus sententiare*”¹.

In questa ordinanza sono chiari i caratteri necessari che un giudizio privato ed un giudice privato devono avere: onestà e indipendenza; serietà e mancanza di pubblicità; giudizio in diritto od equità; eliminazione di cavilli e frivole eccezioni. Tutti questi requisiti sono essenziali al fine di assicurare una vera giustizia.

Già nel 1384 l'imparzialità dell'organo giudicante era considerata una funzione essenziale e imprescindibile dello *ius dicere*, in assenza della quale non può darsi funzione giurisdizionale.

Come è stato autorevolmente² chiarito “la imparzialità è un valore etico intrinseco al compito di giudicare l'altrui contesa, e si estende, quindi, tanto al giudice statale quanto all'arbitro, prima ed a prescindere dall'imposizione normativa”.

La matrice volontaria della nomina del giudice privato rende però la garanzia dell'imparzialità arbitrale più complessa ed articolata rispetto a quella giudiziale. Gli arbitri sono nominati dalle parti e il fatto stesso di consentire ai litiganti di preconstituire *ad hoc* l'organo giudicante rende fisiologicamente sospetta l'imparzialità dei giudici privati.

La difficoltà si percepisce già in relazione all'inquadramento sistematico dell'imparzialità arbitrale: da taluni³ considerata non come un obbligo giuridico, ma solo come un dovere etico; da altri⁴ come “un obbligo privatistico fondato sulla fiducia” di cui migliori garanti sono le parti che

1Come ricordato da BIAMONTI, *La funzione dell'arbitro*, in *La legge di riforma della disciplina dell'arbitrato*, Atti del convegno dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato, Roma 15 aprile 1994, p. 146.

2FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 2.

3LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, p. 103.

4VERDE, *Gli arbitri*, in AA.VV. *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2005, p. 155.

hanno proceduto alla nomina, da altri⁵ ancora come un principio inderogabile di ordine pubblico.

Si riscontrano diversi orientamenti anche sulla portata del dovere di imparzialità degli arbitri ed, in particolare, se questo debba imporsi a tutti gli arbitri in egual misura o se al contrario ammetta temperamenti o variazioni; se possa o, addirittura debba, ammettersi che l'arbitro cd. di parte sia meno imparziale del presidente del collegio arbitrale.

La *mondializzazione*⁶ dei mercati influenza le regole dell'arbitrato, in quanto determina la necessità di individuare forme di tutela e disciplina uniformi. Pertanto, il tema dell'imparzialità dell'arbitro non può essere esaminato limitandosi ai confini nazionali, ma necessita di un esame comparatistico più ampio.

L'analisi, pertanto, si estende ai grandi sistemi processuali europei: tedesco, francese, spagnolo e inglese.

L'indagine comparatistica è finalizzata all'individuazione degli standards internazionali in materia di conflitto di interessi in modo che il legislatore italiano possa ad essi adeguarsi per promuovere la cultura dell'arbitrato, realizzando così un adeguamento dell'ordinamento interno a quello internazionale.

La ricerca è volta all'individuazione del *quid comune* e del *quid diverso* del fenomeno dell'imparzialità arbitrale al fine di individuare il *common core* presente negli ordinamenti giuridici vigenti così da facilitare gli scambi economici internazionali⁷.

5CECCHIELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1995, p. 219.

6FAZZALARI, *L'arbitrato nell'era della «mondializzazione»*, in *Riv. Arb.*, 2000, p. 227 ss.

7GORLA, *Diritto comparato (voce)*, in *Enc. Dir.*, 1964, p. 832 ss.

CAPITOLO I:

L'IMPARZIALITÀ DEGLI ARBITRI IN INGHILTERRA

1.1 L'istituto arbitrale. 1.2 *Arbitration agreement*: fonte di poteri e doveri. 2.1 Imparzialità 2.2 Imparzialità giudiziale. 2.3 Imparzialità degli arbitri. 2.4 *Potential bias*. 2.5 La disciplina dell'imparzialità nell'*Arbitration Act 1996*. 2.6 Evoluzione giurisprudenziale del criterio del *real danger of bias*. 2.7 Effetti della parzialità. 2.8 Il *duy of disclosure*. 3.1 Formazione del tribunale arbitrale. 3.2 Capacità dell'arbitro e qualifiche. 3.3 Modalità di formazione del Tribunale arbitrale. 3.4 Il cosiddetto *sole arbitrator*. 3.5 *Chairman* ed *umpire*. 4.1 Strumenti per assicurare l'imparzialità arbitrale. 4.2 La *revocation* dell'arbitro. 4.3 *Removal*. 4.4 *Resignation*. 5.1 L'impugnazione del lodo per seria irregolarità. 5.2 L'impugnazione del lodo emesso dall'arbitro parziale. 6.1 Informazioni personali dell'arbitro. 6.2 Profili di responsabilità.

1.1 L'istituto arbitrale

Negli ordinamenti di *common law*, l'evoluzione dell'istituto arbitrale è stata caratterizzata da una fase originaria poco favorevole alla diffusione dell'arbitrato per il *favor* che caratterizzava la giustizia statale, poi superata dall'esigenza di tutelare la diffusione dell'arbitrato nell'ambito dei rapporti commerciali.

Sul finire del XVII secolo nella prassi si erano diffuse due forme di arbitrato: la *voluntary arbitration out of court* e l'*arbitration by rule of court*. Nella prima il giudice statale conservava un limitato potere di intervento e non imponeva in modo coercitivo l'esecuzione dell'accordo privato. La seconda era, invece, una procedura perfettamente inserita nel giudizio statale, in cui si sostituiva alla giuria un arbitro, che, esaminata la controversia, ne riferiva alla corte statale.

L'autorità dell'arbitro trovava il suo fondamento in un mandato sempre revocabile⁸ fino alla pronuncia del lodo che non garantiva alcuna stabilità all'istituto e consentiva alle parti di adire l'autorità giurisdizionale non

⁸La revocabilità del mandato conferito agli arbitri è stata affermata per la prima volta nel *Vynior's case* (1610, 8 Co Rep. 80). La cd. *doctrine of revocability* consentiva alle parti di revocare il mandato arbitrale in qualsiasi momento fino alla pronuncia del lodo. Tale retrattabilità non poteva essere superata nemmeno dall'inserimento di una specifica clausola in cui le parti si impegnavano a non revocare la nomina e determinava l'assoluta precarietà della convenzione compromissoria. Cfr. PASSANANTE, *Il problema della natura del lodo alla luce del diritto inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1405 ss.

rispettando il compromesso. Tale revocabilità era sanzionata solo con una *penal bond* ovvero con un impegno assunto da entrambe le parti ad osservare quanto disposto dall'arbitro nel lodo, la cui violazione determinava il pagamento della penale pattuita. Inoltre non era disposto alcuno strumento volto a garantire la vincolatività del lodo.

Tali caratteri determinavano nella prassi uno scarso ricorso allo strumento di risoluzione delle controversie alternativo alla giustizia statale.

La diffusione dello strumento arbitrale iniziò a mostrarsi con il *Civil Procedure Act 1833*, con cui si stabilì che la nomina dell'arbitro poteva essere revocata solo previa autorizzazione della corte che aveva omologato la convenzione arbitrale.

Modifiche rilevanti della disciplina arbitrale furono poi apportate con il *Common Law Procedure Act 1854*, con cui, in particolare, venne conferito alle corti inglesi il potere di sospendere⁹ gli eventuali procedimenti statali avviati in violazione della convenzione arbitrale.

L'arbitrato trovò però una sua organica disciplina per la prima volta solo nel 1950 con l'*Arbitration Act*, in cui si perfezionava il procedimento di esecuzione dei lodi arbitrali¹⁰ consentendo alle parti di ottenere dalle corti inglesi direttamente un provvedimento comprensivo delle decisioni arbitrali, senza la necessità di ricorrere all'*action on the award* ed ottenere una sentenza.

Successivamente la disciplina venne modificata dall'*Arbitration Act 1975*, con cui si recepì la Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri del 1958¹¹ e dall'*Arbitration Act 1979*, che

9Si tratta del cd. *stay of proceedings* in virtù del quale le corti potevano emettere provvedimenti di sospensione del giudizio statale in presenza di una convenzione arbitrale.

10Il procedimento era disciplinato nella s. 26 dell'*Arbitration Act 1950*.

11La Convenzione di New York del 10 giugno 1958 ha lo scopo di favorire la recezione dei lodi al di fuori dell'ordinamento in cui sono state emesse. Presupposti fondamentali per l'applicazione della disciplina convenzionale sono: l'esistenza di una sentenza arbitrale e l'estraneità della decisione all'ordinamento nel quale viene domandato il riconoscimento e l'esecuzione. Il giudizio di *exequatur* non prevede alcuna possibilità per il giudice dell'esecuzione di procedere ad una revisione nel merito della sentenza arbitrale. Il potere dell'autorità giudiziaria dello Stato di ricezione è limitato alla verifica della sussistenza delle condizioni previste dalla Convenzione ai fini del riconoscimento ed all'analisi delle eccezioni tassativamente indicate nell'articolo V. In particolare, il soggetto nei cui confronti è richiesto il riconoscimento o l'esecuzione del lodo può ottenere il rifiuto da parte del giudice, se eccepisce e dimostra la sussistenza di una delle seguenti circostanze: l'incapacità delle parti, l'assenza di una valida convenzione arbitrale, la violazione del principio del contraddittorio, l'esorbitanza del lodo dal patto compromissorio, l'irregolarità nella costituzione dell'organo o nella procedura arbitrali e l'inefficacia della decisione. Il giudice dell'esecuzione potrà, inoltre, rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione del lodo, laddove

riformò radicalmente i rapporti tra arbitri e la giustizia statale ordinaria¹².

Le modifiche seppur rilevanti apportate alla regolamentazione arbitrale nel 1979 non rendevano comunque l'arbitrato inglese uno strumento di risoluzione delle controversie competitivo in ambito internazionale. L'esigenza di una maggiore stabilità e autonomia dell'arbitrato in relazione alle corti statali ha indotto la *Departmental Advisory Committee* alla elaborazione del progetto di legge *dell'Arbitration Act 1996*¹³, approvato dal parlamento ed entrato in vigore nel gennaio del 1997. Questa legge, sebbene non disciplini l'intera materia arbitrale¹⁴, si caratterizza per una tale organicità e completezza da essere considerata la legge fondamentale inglese dell'arbitrato¹⁵.

L'*Act* si divide in quattro parti: la prima parte rubricata "*arbitration pursuant to an arbitration agreement*", contiene le norme principali dello

risulti l'incompromettibilità della controversia oggetto della sentenza arbitrale ovvero la contrarietà all'ordine pubblico, ai sensi del secondo paragrafo dello stesso articolo V. BRIGUGLIO, *L'Arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999; ID., *Arbitrato estero e giurisdizione italiana*, Roma, 2004, passim; ATTERITANO, *Il «forum non conveniens» nei procedimenti di «enforcement» dei lodi arbitrali stranieri*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, 4, p. 1009 ss.

12 In particolare l'*Arbitration Act 1979* trovò la sua origine e motivazione nell'opportunità di abrogare il sistema dello "*special case*", il cui effetto era sostanzialmente quello di privare le parti del giudice privato da esse prescelto, per rimettere la definizione della lite al giudice ordinario. Tale sistema consentiva infatti alle parti di rimettere alla High Court la cognizione di una determinata questione di diritto, salvo che tale possibilità non venisse esclusa dalle parti nella convenzione arbitrale. Al "potere" delle parti di remissione alla corte statale della cognizione di una questione di diritto relativa alla "lite pendente", corrispondeva un vero e proprio "obbligo" dell'arbitro di spogliarsi della decisione della controversia. Secondo la dottrina (MUSTILL e BOYD, *Commercial Arbitration*, Butterworths, 1989, 2ª ed., p. 452-454), l'insoddisfazione nei confronti dello "*special case*" crebbe in seguito all'aumento considerevole delle controversie commerciali internazionali, nelle quali ancor meno risultava giustificabile che il giudice inglese finisse con il pronunciarsi sul merito della disputa, sottraendone la decisione ai giudici privati previamente convenuti tra le parti. Inoltre, lo "*special case*" poteva essere utile per decidere un singolo punto di diritto controverso, ma non per le dispute di maggiore complessità e l'intervento del giudice statale poteva trasformarsi in uno strumento dilatorio nelle mani di litiganti. Cfr. PILLITTERI, *L'arbitration act 1996: l'attesa riforma della legge inglese sull'arbitrato*, in *Dir. comm. int.*, 1997, 4, p. 803 ss.

13 L'*iter* poi sfociato nell'approvazione dell'*Arbitration Act 1996* trova la sua origine nel 1989 e, in particolare, nel Report di quell'anno del *Department of Trade & Industry Departmental Advisory Committee on Arbitration Law*, guidato da Lord Mustill, che era stato incaricato di valutare se, al fine di risolvere i già evidenziati problemi della legislazione in materia, convenisse, o meno, l'adozione nel Regno Unito dell'UNCITRAL Model Law.

14 L'*Act* del 1996 non disciplina gli *oral agreements*, né tutti gli *statutory arbitrations* e non individua le controversie arbitrabili.

15 In tal senso VIGORITI, *Riflessioni comparative sull'Arbitration Act 1996*, in *Riv. arb.*, 197, p. 37 ss.; ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese: studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitrato in Inghilterra*, Torino, 2008, p. 28; SUTTON-KENDALL-GILL, *Russell on Arbitration*, Londra, 1997, p. 17, in cui l'*Arbitration Act 1996* viene definito come un *partial statutory code*.

strumento arbitrale; la seconda, “*others provisions relating to arbitration*”, disciplina particolari forme di arbitrato ovvero l'arbitrato del consumo, gli *statutory arbitrations* e le procedure delle *small claims*; la terza parte, “*recognition and enforcement of certain foreign awards*”, disciplina l'esecuzione dei lodi stranieri; l'ultima, intitolata “*general provisions*”, contiene le definizioni di termini rilevanti.

Nella s. 1, l'*Arbitration Act 1996* enuncia i tre principi fondamentali sui i quali si fonda l'intera disciplina in tema di arbitrato¹⁶.

Il primo principio concerne lo scopo dell'arbitrato, individuato nella “*fair resolution of disputes by an impartial tribunal, without unnecessary delay or expense*”. La legge inglese richiama espressamente la correttezza e l'imparzialità, quali valori intrinseci e connaturati “al compito di giudicare l'altrui contesa” e che devono applicarsi, dunque, “tanto al giudice statale quanto all'arbitro¹⁷”.

Il secondo principio è quello dell'autonomia delle parti nella determinazione della procedura arbitrale, con il solo limite delle “*safeguards as are necessary in the public interest*”. Il principio di libertà delle forme, così enunciato, attribuisce alle parti il potere di organizzare il procedimento arbitrale svincolandolo dai modi e dalle scadenze tipiche del processo giurisdizionale e modellandolo secondo le proprie esigenze. Ben pochi sono i limiti che l'*Act* pone all'incondizionata volontà delle parti, che può derogare a quasi tutte le regole dettate per il procedimento arbitrale e può, per tale via, controllare “*the cost and speed*” della procedura¹⁸. Il principio dell'autonomia privata, racchiuso nel brocardo inglese “*the parties are free to agree*”, si spinge sino ad ammettere la facoltà, riconosciuta ai contraenti, di ampliare o minimizzare l'intervento sia del collegio arbitrale, che della giustizia ordinaria¹⁹.

Il terzo principio, di cui alla Section 1 dell'*Arbitration Act* del 1996²⁰ è

16“*The provisions of this Part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly (...)*”.

17E. FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 2 ss.

18Così: ROSE D.A., *The Challenges for Uniform Law in the Twenty – First Century*, in *Uniform law review*, 1996, I, p. 9 ss.; M. DI MEO, *Brevi note in tema di clausola compromissoria nel diritto inglese*, in *Riv. del notariato*, 1998, f. 1-2, p. 101 ss. Tra le disposizioni definite “*mandatory*” è compreso il *general duty* degli arbitri di condurre il processo in modo rapido e corretto anche determinando le regole processuali da seguire.

19C. MC DONALD, *Maritime Arbitration in London – 1996 and beyond: a short guide to the Arbitration Act 1996*, in *Int. M.L.*, 1996, 9, p. 292 ss.

20“*In matters governed by this Part the court should not intervene except as provided by*

quello dell'autonomia del procedimento arbitrale rispetto all'autorità giurisdizionale, il cui intervento è consentito solo nei casi espressamente previsti dalla legge.

1.2 *Arbitration agreement*: fonte di poteri e doveri

L'*arbitration agreement*²¹ viene concepito come un contratto con il quale le parti si accordano affinché un soggetto terzo, l'arbitro, risolva una controversia insorta tra loro, con una decisione dotata di efficacia simile a quella di una pronuncia giudiziale²². Infatti, salvo che le parti abbiano diversamente convenuto, il lodo emesso da un tribunale arbitrale in esecuzione di un accordo compromissorio è qualificato dalla s. 58 Arbitration Act 1996 definitivo e vincolante, *final and binding*²³, per entrambe le parti, i rappresentanti e gli aventi causa. La stessa disposizione chiarisce tuttavia che la definitività del lodo non esclude il potere delle parti di impugnarlo, in conformità a quanto previsto nelle ss. 67 ss. dell'Act del 1996.

Ciascuna delle parti assume con la stipulazione della convenzione arbitrale tre distinti obblighi²⁴: l'obbligo di eseguire l'*award* anche se a se sfavorevole; l'obbligo di ricorrere alla procedura arbitrale solo in caso di contrasti insorti con la controparte a causa del contratto tra esse stipulato precedentemente; l'obbligo di cooperare allo svolgimento della procedura arbitrale.

Gli arbitri sono legati alle parti da un rapporto che è stato ricondotto dalla dottrina inglese ad un contratto di mandato, anche se di tipo speciale. Il

this Part".

21 La s. 6 dell'Arbitration Act 1996 descrive l'"*arbitration agreement*" come un "... *agreement to submit to arbitration present or future disputes, whether they are contractual or not*" (chiaro è il rimando all'art. 7, primo comma, dell'UNCITRAL Model Law) e la s. 6, secondo comma, stabilisce che il riferimento ad una clausola arbitrale scritta o ad un documento contenente una clausola siffatta costituisce una convenzione arbitrale, quando ciò risulti dallo stesso. In particolare nel caso di una polizza di carico ("*bill of lading*"), il riferimento ad una clausola compromissoria contenuta in altro documento deve esser molto chiaro: *The Oinoussin Pride*, 1 LLR, 1991, p. 126; *The Nerano*, 1 LLR, 1996, p. 1.

22 L'*arbitration agreement* viene, dunque, considerato alla tregua di un contratto che, tuttavia, produce effetti giurisdizionali. Non mancano sentenze in cui si afferma che l'*award* rappresenta un accordo stipulato dalle parti che viene eseguito alla stregua di qualsiasi altro contratto. Cfr. SUTTON-KENDALL-GILL, *Russell on Arbitration*, cit. p. 398; BERNSTEIN-TACKABERRY-MARRIOTT-WOOD, *Handbook of arbitration practice*, London, 1998, p. 260.

23 Cfr. MERKIN, *Arbitration law*, § 16.35, p. 16 ss.

24 Cfr. ALPA, *Appunti sull'arbitrato inglese, Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, in *La nuova giur. civ. comm.*, Padova, 1994, p. 443 ss.

compito dell'arbitro di *ius dicere*, disponendo di diritti e obblighi, ha indotto, infatti, la stessa dottrina ad attribuire all'incarico arbitrale dignità e rilevanza di una pubblica funzione considerando l'arbitro come “*an extraordinary judge wick is chosen and hath power to judge given to him by the only mutual consent, will, compromise, and election of private persons striving to the end they may decide their controversies (...)*”²⁵.

In passato, i diritti e i doveri assunti dagli arbitri con l'accettazione della nomina venivano considerati alla stregua di *moral obligations*. Tale obbligo morale consisteva nell'impegno di usare la propria competenza, *skill*, e nell'eseguire con diligenza e attenzione, *diligence and care*, l'incarico assunto²⁶.

L'Arbitration Act 1996 attribuisce e riconosce espressamente agli arbitri molteplici poteri e doveri.

I poteri arbitrali disciplinati nell'Arbitration Act possono, altresì, essere integrati dall'autonomia negoziale delle parti. In particolare, gli arbitri hanno il potere di decidere sulla loro stessa giurisdizione, in applicazione della regola della *Kompetenz-Kompetenz*, come enunciata nelle ss. 30-31. In virtù di tali norme il tribunale arbitrale può pronunciarsi sulla propria giurisdizione, sull'esistenza di un valido accordo compromissorio, sulla valida costituzione del tribunale e sulla conformità delle questioni deferite alla sua giurisdizione all'oggetto della convenzione arbitrale.

All'arbitro è riconosciuto il potere di decidere sulle questioni procedurali e probatorie, ai sensi della s. 34, lo stesso può nominare esperti e consulenti tecnici, *ex s. 37*, ordinare all'attore di prestare una cauzione idonea a garanzia del pagamento delle spese processuali, *ex s. 38*, emettere provvedimenti provvisori di natura cautelare, ai sensi della s. 39, determinare le spese procedurali²⁷.

Ma l'Act individua anche nuovi obblighi per l'arbitro come di essere mentalmente e fisicamente capace di condurre la procedura, *ex s. 24*, di

25 Dyer, 356; 19 Eliz. 39: *West's Symboleographie*, 1647, pt. II tit. «*Compromise*».

26 MUSTILL & BOYD, *Commercial Arbitration*, Londra, 1989, p. 11, ove il fatto che questi obblighi si mantengano entro la sfera morale è giustificato dall'assenza di sanzioni per colpire il comportamento negligente dagli arbitri, tranne che nel caso in cui abbiano agito intenzionalmente in mala fede, *bad faith*.

27 Prima della riforma del 1996 la determinazione delle spese processuali era materia di competenza esclusiva delle corti inglesi.

assistere alle udienze e partecipare alla deliberazione del lodo²⁸, di assicurare che nessuno lodo emesso sia ambiguo o produca effetti incerti, *ex s. 68*, di decidere la controversia applicando la legge o, se le parti lo hanno disposto, *other consideration* ovvero ricorrendo all'equità o alla sua *good conscience*²⁹, di condurre la procedura attenendosi alle regole dettate dalle parti, *ex s. 68*, comma secondo, lett. c, ed il dovere di *act fairly and impartially*.

2.1 Imparzialità

*“There are two intrinsic difficulties in selecting an arbitrator which themselves may threaten the integrity of the process. First, the method by which each party chooses one member of a three-member tribunal may cast doubt on the independence and impartiality of the nominee. Further, and paradoxically, the very factors which may most recommend an individual as an appropriate arbitrator (familiarity with a particular industry, or knowledge of a specialist legal or technical area) may also leave him most vulnerable to a suspicion of bias”*³⁰.

La difficoltà di garantire l'imparzialità arbitrale deriva direttamente dalla matrice genetica del potere di *ius dicere* degli arbitri ovvero la volontà delle parti.

L'arbitro riceve il proprio incarico giudiziario direttamente dalla parte, la quale confiderà di essersi assicurata, per tale via, un “*judge of his choice*”, un giudice attento e predisposto alle proprie argomentazioni.

Il fisiologico sospetto di parzialità dell'arbitro nominato dalla parte rende necessaria l'introduzione di standards di imparzialità, che, secondo alcuni³¹,

28 Come si desume implicitamente dalla stessa s. 33 Arbitration Act 1996.

29 La s. 46, comma primo, Arbitration Act 1996 stabilisce: “(1) *The arbitral tribunal shall decide the dispute— (a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or (b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal*”. La disposizione consente, dunque, alle parti di stabilire nella convenzione il criterio di giudizio cui l'arbitro dovrà attenersi nella risoluzione della controversia. Si ammette il ricorso all'equità, ma anche al senso generale del giudicante di ciò che è corretto e giusto.

30 EASTWOOD, *A real danger of confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrators*, in *Arb. Int.*, 2001, vol. 17, n. 3, p. 292.

31 BERKELEY, *The impartiality of the arbitrator*, *LCIA Conference*, 5 giugno 1998, secondo quanto riportato da Eastwood, *A real danger of a confusion? The English Law Relating to*

per gli arbitri dovrebbero essere ancor più rigorosi di quelli imposti per i giudici statali, in quanto “*his position is even more delicate*”.

2.2 Imparzialità giudiziale

La giurisprudenza inglese ha da sempre riservato grande attenzione al tema dell'imparzialità giudiziale e le conclusioni cui è giunta sono state applicate anche ai giudici privati. Per tale ragione il tema dell'imparzialità dei giudici statali merita una seppur riassuntiva disamina³².

La peculiarità del sistema inglese riguarda le modalità di selezione e di nomina dei giudici statali³³.

La nomina, *appointment*, dei giudici togati e laici era affidata alla regina su indicazione del *Lord Chancellor*³⁴ o, per i giudici della Camera dei *Lord* e della Corte d'appello, del primo ministro. La scelta spettava quindi sempre ad un membro del governo, ma era basata sul merito, inteso sostanzialmente come successo e reputazione all'interno dell'avvocatura.

I giudici venivano scelti tra i *barristers* dotati di particolare esperienza e competenza giuridica³⁵.

Bias in Arbitrators, in *Arb. Int.*, 2001, vol. 17, n. 3, p. 289.

32 Per un esame comparatistico tra l'ordinamento giudiziario italiano e inglese si rinvia a PRENDINI, *Imparzialità ed apparenza di imparzialità del giudice. L'esperienza inglese*, in *Int'l Lis*, 2008, p. 38 ss.

33 La magistratura inglese è un corpo estremamente composito: ad un numero relativamente ristretto di giudici professionali e a tempo pieno si affiancano infatti giudici *part-time*, in un numero corrispondente quasi al doppio dei primi, e una cifra elevatissima di giudici onorari, comunemente conosciuti come giudici di pace (comuni cittadini impiegati nelle corti inferiori per trattare i casi, soprattutto penali, di più lieve entità). Anche tra i giudici *full-time*, peraltro, è opportuno mantenere distinti per reclutamento, *background*, atteggiamento e influenza i giudici di livello più elevato (*High Court judges*, *Lord Justices of Appeal* e *Law Lords*) da quelli di livello inferiore. Per approfondimenti sul tema si veda: MOCCIA, *Il sistema di giustizia inglese. Profili storici e organizzativi*, Rimini, 1989; MALLESON, *Rethinking the Merit Principle in Judicial Selection*, in *Journal of Law and Society*, 2006, 126 ss.

34 Il ruolo di *Lord Chancellor* univa in sé rilevanti funzioni giudiziarie, esecutive e legislative, essendo al tempo stesso il giudice di grado più elevato del Regno Unito, un importante membro del governo e membro e portavoce della Camera dei *Lord*. In qualità di giudice, era capo della magistratura (*Head of the Judiciary*) e poteva sedere come giudice in tutte le corti inglesi, comprese l'*Appellate Committee* della Camera dei *Lord*, il *Judicial Committee of the Privy Council* e la Corte d'appello. Il *Lord Chancellor* aveva un'influenza determinante in molte attività giudiziarie: nella selezione dei giudici, nella disciplina, formazione e utilizzo dei giudici, nell'allocazione del lavoro tra le corti, nella predisposizione e allocazione delle risorse per la giustizia, nella predisposizione di linee guida per il comportamento dei giudici e la rappresentanza del corpo giudiziario davanti al governo, al parlamento ed all'opinione pubblica.

35 Il corpo giudiziario in Inghilterra era e rimane un'emanazione diretta dell'avvocatura,

Tale procedimento di nomina era oggetto di critiche frequenti che riguardavano prevalentemente la natura informale, non strutturata e poco trasparente della selezione.

Il legislatore inglese così cercò di tutelare l'indipendenza dei giudici statali con l'introduzione di alcuni atti normativi, tra i quali, in primo luogo, l'Act of Settlement del 1701, che, oltre a contenere le regole per la successione al trono inglese, ha introdotto tre principi fondamentali: i giudici non possono essere nominati dal sovrano; il loro stipendio è fissato *ex lege*³⁶; una limitata inamovibilità dei giudici³⁷. In tale sistema la magistratura, comunque, non era concepita come un ordine separato e paritario rispetto al potere statale e l'indipendenza giudiziale veniva assicurata esclusivamente mediante l'assenza della struttura gerarchica tipica delle pubbliche amministrazioni, una sostanziale inamovibilità, almeno dei giudici delle corti superiori, e dal ruolo influente svolto dall'avvocatura. D'altra parte, l'interpretazione tradizionale³⁸ dell'indipendenza dei giudici fatta propria da dottrina e giurisprudenza inglese ruotava principalmente intorno all'idea di indipendenza individuale. Il giudice doveva essere libero di decidere le controversie di sua competenza unicamente sulla base della propria coscienza e del diritto esistente. Per assicurare tale libertà, i giudici godevano della garanzia di inamovibilità (*security of tenure*), di una solida indipendenza economica e dell'assenza di pressioni da parte dell'esecutivo e dei politici riguardo al trattamento dei singoli casi. Al contrario, tuttavia, vi

con la quale i giudici condividono preparazione tecnica e orientamenti di valore. Rispetto al passato, tuttavia, il rapporto tra le due professioni è mutato. Si consideri, innanzitutto, che l'avvocatura inglese vede al suo interno due distinte componenti: i *barristers*, la componente più esigua ed elitaria, fino a poco tempo fa l'unica a poter patrocinare dinanzi alle corti superiori, e i *solicitors*, la parte più numerosa ed eterogenea, generalmente destinata al lavoro nelle corti inferiori o al rapporto con il cliente prima della difesa in aula. Mentre negli anni settanta i giudici erano selezionati quasi esclusivamente tra il primo gruppo, l'incremento degli organici e l'introduzione della possibilità di accedere alle corti superiori anche per i *solicitors*, introdotta con il *Courts and Legal Service act* 1990, hanno progressivamente trasformato il bacino entro cui i giudici possono essere selezionati, che oggi comprende, per la maggior parte dei ruoli, entrambi i gruppi.

36L'ente di revisione degli stipendi, *Senior Salaries Review Body*, è un organo indipendente che trasmette raccomandazioni al governo sugli stipendi di varie categorie, compresa la magistratura. Il governo tiene conto delle raccomandazioni annualmente prima di decidere sui livelli dei nuovi stipendi. I nuovi livelli salariali entrano in vigore il primo aprile di ogni anno.

37Prima di tale modifica normativa lo svolgimento delle funzioni giudiziali era subordinato al gradimento del sovrano che poteva in qualsiasi momento rimuovere i giudici, in quanto da lui delegati a svolgere la funzione di amministrazione della giustizia sul territorio.

38Per approfondimenti sul tema si v. STEVENS, *The Independence of the Judiciary: the View of the Lord Chancellor Office*, 1993, Oxford; ID., *Judicial Independence in England: a Loss of Innocence*, in Russel e O' Brien, 2001, p. 155 ss.

era poca o nessuna indipendenza della magistratura in senso collettivo ed istituzionale, nonché poco interesse ad assicurarla.

Il principio di separazione dei poteri dello Stato trovava un'applicazione del tutto peculiare nel Regno Unito che concepiva tale separazione non come formale divisione di strutture e ripartizione di funzioni, ma piuttosto come processo capace di garantire l'indipendenza dei singoli poteri nei casi concreti. In tale ottica, dunque, si prediligeva un approccio dinamico al principio di separazione dei poteri che, attraverso un imprescindibile dialogo interistituzionale e l'utilizzo di regole di condotta non scritte, ripartiva, caso per caso, le funzioni da esercitare tra i singoli poteri³⁹.

Modifiche rilevanti all'ordinamento giudiziario sono state apportate con l'introduzione del *Courts Act* 1971 e con l'approvazione dell'*European Communities Act* 1972, ma una sostanziale riforma⁴⁰ è stata approvata solo con il *Constitutional Reform Act* del 24 marzo 2005⁴¹. Il provvedimento ha modificato le modalità di selezioni dei giudici statali istituendo la *Judicial Appointments Commission*⁴² e stabilendo che i giudici devono essere scelti tra persone di buona reputazione attraverso dei cd. *selection panels* e nel rispetto delle indicazioni fornite dal Lord Chancellor⁴³. In particolare, al

39 Sul punto si veda BRADLEY, *The constitutional position of the judiciary*, in *English Public Law*, Oxford, 2005.

40 L'introduzione della riforma costituzionale del 2005 è stata determinata da due fattori principali: l'approvazione dello Human Rights Act del 1998 e la decisione del precedente *Mc Gonnell vs. United Kingdom* del 2000. Con tale decisione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato, con riguardo all'isola di Guernsey (isola del canale della Manica facente parte di un gruppo di isole note come balliati di Guernsey che, pur non facendo parte del Regno Unito e in presenza di governi interni autonomi, dipendono dalla corona britannica) che si ha violazione dell'articolo 6 della Convenzione nel caso in cui vi sia una commistione tra il ruolo legislativo e quello giudiziario e soprattutto qualora un giudice è chiamato a giudicare sulla base di una legge che egli stesso ha contribuito ad approvare. Tale decisione, seppure direttamente riferita al balliato di Guernsey, ha indubbiamente lanciato un monito al sistema britannico nel quale vigeva una situazione assimilabile a quella esaminata dai giudici di Strasburgo.

41 L'atto ha sostituito il ruolo di vertice dell'ordinamento giudiziario ricoperto dal Lord Chancellor con il Lord Chief of Justice, istituito la Corte Suprema del Regno Unito, cui sono state attribuite alcune prerogative prima affidate alla House of Lords. Cfr. LORD WINDLESHAM, *The Constitutional Reform Act 2005: Ministers, Judges and Constitutional Change*, *Public Law*, 2005, p. 806.

42 Tale Commissione è formata dai membri del sistema giudiziario in carica in quel momento che riferiscono al *Lord Chancellor* e da personale non laureato in giurisprudenza selezionato specificamente ovvero persone senza titolo di avvocato o di altra professione legale.

43 La parte quarta del *Constitutional Reform Act* è interamente dedicata alla nomina dei giudici statali ed in particolare all'indicazione dei criteri per la selezione degli stessi, fra i quali assume un ruolo preminente il criterio meritocratico, "*selection must be solely on merit*", ai sensi della s. 61 co. 2.

Primo Ministro è stata riservata la competenza ad emettere la *recommandation for appointment*. Il *Lord Chancellor* ha il potere di indicare i criteri di merito in base ai quali scegliere il giudice, di essere consultato ai fini della selezione e di comunicare, effettuata la selezione, il nome del giudice al Primo Ministro per la nomina o di rigettare la nomina se ritenuta inadatta o di chiedere alla Commissione di selezione un riesame della questione ove ritenga insufficienti le prove raccolte.

Sebbene l'Act del 2005 abbia modificato l'ordinamento giudiziario, tale riforma è stata considerata inadatta a garantire l'indipendenza e l'imparzialità giudiziale. Infatti, l'ordinamento inglese continua a distinguere tra magistrati di livello inferiore alla *Hight Court of Justice*, che possono essere rimossi per incapacità o cattiva condotta dal *Lord Chancellor* di concerto con il *Lord Chief of Justice*, e Magistrati della *Hight Court* che possono essere sollevati dall'incarico solo dal Sovrano su risoluzione congiunta delle due Camere del Parlamento. Dunque, nel Regno Unito la nomina, la carriera e i meccanismi di controllo dei magistrati sono per lo più discrezionali e informali, e non è condiviso il principio della nomina dei magistrati mediante concorso fissato dall'art. 106 della Costituzione italiana⁴⁴.

Tale situazione insieme all'assenza di una disciplina legislativa⁴⁵ relativa alle ipotesi di incompatibilità del giudice e di una *set procedure* per risolvere la questione di parzialità giudiziale sollevata dalle parti ha determinato un'attenzione crescente della giurisprudenza inglese sul tema, intenta a fornire garanzie certe di indipendenza e imparzialità delle corti statali.

Nel corso degli ultimi due secoli la giurisprudenza inglese ha elaborato alcuni principi fondamentali relativi all'attività giudiziale, tra i quali il *duty to act impartially*. La violazione di tale dovere si rinviene nelle ipotesi in cui l'attività giudiziale sia caratterizzata da un'effettiva prevenzione, *actual bias*, da un interesse patrimoniale o comunque diretto nella causa, *pecuniary or other direct interest*, o dalla possibilità effettiva di assenza di imparzialità,

44La nomina mediante concorso pubblico, il principio di inamovibilità, l'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura come ente di autogoverno della magistratura, nonché il regime delle incompatibilità sono alcuni degli strumenti previsti dalla Costituzione italiana per garantire l'indipendenza dei magistrati dagli altri poteri dello Stato. Cfr. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 496 ss.

45Va considerato tuttavia che nel 2000 è entrato in vigore in Inghilterra lo Human Rights Act del 1998, che contiene le garanzie minime processuali per tutti i cittadini.

real possibility of lack of impartiality.

I principi elaborati dalle corti inglesi si applicano ugualmente al consulente tecnico⁴⁶, al revisore contabile⁴⁷, al giurato ed all'arbitro. Ogni *decision maker*⁴⁸ è infatti soggetto all'obbligo di imparzialità, ivi compreso il giudice disciplinare sportivo⁴⁹.

2.3 Imparzialità arbitrale

L'attenzione della prassi e della legislazione inglese per l'imparzialità del tribunale arbitrale ha radici profonde. Questa veniva dapprima tutelata mediante il ricorso alla vaga formula dei cd. *undue means*⁵⁰, poi ricondotta al concetto di *misconduct*⁵¹.

Il requisito dell'imparzialità ha assunto il significato di un vero e proprio dovere posto a carico dell'organo giudicante non solo di essere *disinterested and unbiased*⁵², ma anche di apparire all'esterno come tale, *to be seen to be impartial*⁵³. Nel diritto inglese la sanzione della *disqualification*⁵⁴ dell'organo giudicante è prevista non solo nel caso di atteggiamenti di effettiva parzialità, *actual*⁵⁵ *bias*⁵⁶, ma anche nel caso di circostanze che

46 *Re v. Inner West London Coroner, ex parte Dallaglio*, 1994, 4 All ER 139 at 150 CA.

47 *Porter v. Magill*, 2002, 2 AC 357, HL.

48 *Locabail (UK) Limited v. Bayfield Properties Limited*, 2000, QB 451-471, CA.

49 *Modahl v. British Athletic Federation Ltd*, 2002, 1 WLR 1192 CA.

50 Cfr. *Re Pleus and Middleton*, 1845, 6 QB 845; *Williams v. Wallis and Cox* [1914] 2 KB 478.

51 Il termine *misconduct* è definito da *West's law & commercial dictionary*, Bologna, 2000, p. 1023, come "A transgression of some established and definite rule of action (...). Term misconduct when applied to act of attorney, implies dishonest act or attempt to persuade court or jury by use of deceptive or reprehensible methods". In tema di arbitrato la *misconduct* è stata definita nel caso *Williams v. Wallis and Cox*, 1914, 2 KB 478, come "such a mishandling of the arbitration as is likely to amount to some substantial miscarriage of justice". Cfr. MUSTILL – BOYD, *Commercial Arbitration*, op. cit., p. 350 ss.

52 Ove per *bias* si intende l'evidente predisposizione o prevenzione nei confronti di una parte o dei suoi argomenti. In tal senso in particolare J. PARRIS, *The law and practice of arbitrations*, Londra, 1974, p. 49; il *leading case* che viene richiamato è *Catalina v. Norma*, in cui l'arbitro nel corso del procedimento espresse in modo enfatico le proprie sprezzanti opinioni circa la credibilità di un testimone di nazionalità portoghese.

53 La formulazione di creazione giurisprudenziale rende necessario che l'arbitro eviti anche l'*impression of bias* che può ingenerarsi *in the other people*.

54 La *disqualification*, secondo la *rule in Dimes* comporta che il giudicante venga privato automaticamente della *potestas iudicandi* in merito alla controversia rispetto alla quale abbia un interesse, ovvero allorchè ricorra un pericolo di parzialità. Tale *rule*, dapprima sancita esclusivamente per i giudici dello stato, a seguito del caso *Re v. Gough* è stata applicata anche agli arbitri. V. SUTTON-GEARING-GILL-RUSSELL, *Russell on Arbitration*, Londra, 2007, p. 355 ss.

55 La difficoltà di dimostrare l'esistenza di una parzialità attuale ed effettiva dell'arbitro è stata messa in evidenza nel caso *Locabail (UK) Ltd v Bayfield Properties Ltd*, [1999] APP.L.R. 11/17, in cui si è precisato: "Such objections and applications based on what, in

determinino o meno fondatamente nelle parti il sospetto del pregiudizio o di una qualche prevenzione, *potential bias*.

Un'*actual bias* sussiste quando è chiaro che l'arbitro sia stato influenzato nella decisione della causa da un pregiudizio, una predilizione o un interesse personale nella controversia stessa.

L'arbitro, innanzitutto potrà essere rimosso dal proprio incarico nell'ipotesi in cui rivesta il ruolo di parte, in applicazione del brocardo *nemo iudex in rem propriam*.

Tale principio è stato affermato nella sentenza *Dimes v. Proprietors of the Grand Junction Canal*⁵⁷, in cui la House of Lords affermò che il principio per cui “*no man is to be judge in his own cause should be held sacred*”⁵⁸ e deve trovare applicazione non solo nell'ipotesi in cui nella stessa persona si riuniscano il ruolo di giudice e di parte, ma anche in tutte le ipotesi in cui il giudice abbia un interesse personale nella controversia. Nella prassi è infatti raro che l'organo giudicante si trovi a decidere una lite che lo coinvolge, mentre più frequente che la decisione cui è chiamato coinvolga un suo interesse.

La giurisprudenza inizialmente applicò tale principio solo in presenza di un interesse diretto di natura pecuniaria o dominicale⁵⁹ del giudicante nella controversia.

the case law, is called "actual bias" are very rare, partly (as we trust) because the existence of actual bias is very rare, but partly for other reasons also. The proof of actual bias is very difficult, because the law does not countenance the questioning of a judge about extraneous influences affecting his mind; and the policy of the common law is to protect litigants who can discharge the lesser burden of showing a real danger of bias without requiring them to show that such bias actually exists”.

56 Con il termine *bias* si intende quella predisposizione dell'organo giudicante a decidere a favore o contro una delle parti non basata sul reale merito della controversia e sulle effettive argomentazioni dei litiganti.

57 Sent. *Dimes v. Proprietors of the Grand Junction Canal*, 1852, 3 HL Cas. 759.

58 “(...) *And that is not to be confined to a cause in which he is a party, but applies to a cause in which he has an interest. (...) This will be a lesson to all inferior tribunals to take care not only that in their decrees they are not influenced by their personal interest, but to avoid the appearance of labouring under such an influence.*” Lord Campbell in *Dimes v. The Proprietors of the Grand Junction Canal* (1852) 3 HL Cas 759 at 793.

59 Il principio è stato confermato in molti precedenti, tra i quali: *R. v. Rand*, (1866) LR 1 QB 230 at 232, ove *Blackburn J.* affermò: “*There is no doubt that any direct pecuniary interest, however small, in the subject of inquiry, does disqualify a person from acting as a judge in the matter (...)*”, nonché in *R. v. Camborne Justices, ex parte Pearce* [1955] 1 QB 41, in cui *Slade J.* precisò a pag. 47 che: “*It is, of course, clear that any direct pecuniary or proprietary interest in the subject-matter of a proceeding, however small, operates as an automatic disqualification*”. Si vedano anche: *Sellar v Highland Railway Co*, (1919) SC (HL) 19; *R v Rand*, (1866) LR 1 QB 230 at 232; *R v Camborne Justices, ex p Pearce* [1955] 1 QB 41 at 47, [1954] 2 All ER 850 at 855; *R v Glough* [1993] 2 All ER 724, HL, at 730; *Clenae Pty Ltd v Australia and New Zealand Banking Group Ltd* [1999] VSCA 35.

Successivamente le corti ritennero sufficiente per la *disqualification* del giudice anche un interesse indiretto, purchè non remoto⁶⁰, e di natura non solo patrimoniale ma anche personale⁶¹.

L'interesse indiretto che assume rilievo per la *disqualification* dell'organo giudicante deve essere dunque prossimo. Il concetto di *proximity* presuppone che la decisione della lite possa *realistically* ripercuotersi su un interesse del giudice.

L'applicazione del *duty to act impartially* in ambito giurisprudenziale non è stata costante.

In molti precedenti⁶² le corti inglesi hanno escluso la *disqualification* del giudice pur in presenza di un *personal interest* laddove di tale interesse fossero state edotte le parti. La libertà e la discrezionalità delle parti nella scelta del giudice privato si riteneva prevalente rispetto all'esigenza di garantirne la sua imparzialità, anche apparente. L'autonomia negoziale delle parti trovava tuttavia un limite nella possibilità di ottenere la *disqualification* dell'arbitro per *actual o strong probable bias*⁶³. La palese ed effettiva parzialità dell'organo giudicante non poteva essere esclusa dalla mera conoscenza delle circostanze o eventi che la causavano, pertanto, si riconosceva la possibilità di rimuovere l'arbitro parziale.

Maggiore rigore è espresso invece nelle sentenze in cui si afferma che la

60La giurisprudenza inglese considerava prossimo l'interesse che "*realistically*" potesse influenzare il giudice nell'esercizio della sua funzione come è stato affermato nella sentenza *Locabail (UK) Ltd v. Bayfield Properties Ltd and Another*, 2000, 2, WLR 870, in cui la corte inglese precisa che "*All legal arbiters are bound to apply the law as they understand it to the facts of individual cases as they find them. They must do so without fear or favour, affection or ill-will, that is, without partiality or prejudice. Justice is portrayed as blind not because she ignores the facts and circumstances of individual cases but because she shuts her eyes to all considerations extraneous to the particular case*".

61 Il tema della personalità dell'interesse del giudice è stato affrontato nella sent. *Re v. Bow Street Metropolitan Stipendary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte*, 1999, 2 W.L.R. 272, relativa alla richiesta di estradizione del senatore Pinochet, in cui la House of Lords ha ritenuto sufficiente per la *disqualification* di uno dei membri del collegio giudicante la mera affiliazione ad Amnesty International. In tale sentenza fu per la prima volta affermata l'opportunità di non limitare le ipotesi di *automatic disqualification* del giudice ai casi di coinvolgimento diretto e pecuniario dello stesso nella controversia e la necessità di estendere il rimedio anche ai casi di parzialità mediata, come nel caso in cui la decisione in questione non produce un vantaggio economico o finanziario per il giudice ma promuove e sponsorizza una causa sostenuta dallo stesso. In particolare a p. 283 Lord Browne-Wilkinson precisò: "*But if, as in the present case, the matter at issue does not relate to money or economic advantage but is concerned with the promotion of the cause, the rationale disqualifying a judge applies just as much if the judge's decision will lead to the promotion of a cause in which the judge is involved together with one of the parties*".

62 *Cia. Panamena Europea Navigacion v. Leyland & Co.*, 1947, L.J.R. 716 e si veda MUSTILL – BOYD, *Commercial Arbitration*, cit., p. 247 ss.

63 *Ives & Barker v. Williams*, 1894, 2 Ch. 478.

disqualification dell'arbitro può essere determinata anche dall'esistenza di relazioni personali o professionali con una delle parti e non esclusivamente da quelle di carattere economico. Ciò quando le relazioni dell'arbitro con una delle parti possono indurre il giudice privato ad un atteggiamento di favore verso la stessa⁶⁴.

In particolare, la giurisprudenza inglese considera incompetente l'organo giudicante che sia legato ad una delle parti da relazioni professionali od economiche continuate e abituali, non meramente occasionali, o da relazioni familiari⁶⁵.

Può essere rimosso dall'incarico l'arbitro che abbia partecipazioni azionarie rilevanti nell'impresa in causa o abbia svolto le mansioni di *legal officer* su incarico di uno dei litiganti, o dimostri antipatia o inimicizia nei confronti di uno dei litiganti⁶⁶. Al contrario non determina la *disqualification* del giudice privato l'essere un buon cliente o consumare abitualmente i prodotti di una delle parti in causa.

Anche l'esistenza di un rapporto obbligatorio che leghi una parte all'arbitro non determina *ex se* l'incompetenza del giudice privato a decidere la controversia. Le *authorities* distinguono tra debiti che risentirebbero immediatamente della decisione della controversia e, dunque, squalificanti e debiti non ricollegabili direttamente all'oggetto della stessa e dunque irrilevanti, come il possesso di azioni di una *public limited liability company* e di una *private limited company*, ma solo se in numero contenuto⁶⁷.

Il *duty to act impartially* è, inoltre, considerato come un dovere dell'arbitro di comportarsi con correttezza e imparzialità nei confronti dei litiganti durante l'intera procedura arbitrale⁶⁸. Dunque la rimozione del giudice privato dall'incarico può avvenire anche dopo la nomina e sia per l'esistenza di circostanze che lo rendano parziale, sia per l'eventuale scorrettezza nella conduzione della procedura arbitrale⁶⁹.

64Cfr. MUSTILL – BOYD, *Commercial Arbitration*, cit., p. 250 ss.

65Come nei precedenti: *Bridgman v Holt* [1693] 1 Show PC 111; *R v Armagh County Justices* (1915) 49 ILT 56; *Metropolitan Properties Co (FGC) Ltd v Lannon* [1968] 3 All ER 304.

66In particolare nella sentenza *Catalina (Owners) v Norma (Owners)*, 2 (1938) 61 LI L Rep 360, l'arbitro è stato rimosso dall'incarico per aver affermato che '*Portuguese people are liars*' in una controversia in cui una delle parti era Portoghese.

67PARRIS, *The law and practice of arbitrations*, cit. p. 48.

68*Nuttal v. Manchester Corporation*, 1892, 8, T.L.R. 513; *Blanchard v. Sun Fire Office*, 1890, 6, T.L.R., 365; *Re Camillo Eitzen and Jewson & Sons*, 1896, 40 S.J. 438.

69Non tutte le irregolarità procedurali determinano una *misconduct* e dunque la rimozione

2.4 Potential bias

Uno dei principi fondamentali in tema di imparzialità è stato affermato per la prima volta da Lord Hewart nel caso *Re v. Sussex Justices Ex p. McCarthy* per cui “Justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”⁷⁰. Non è sufficiente che l'organo giudicante sia effettivamente libero da pregiudizi o prevenzioni riguardo la controversia, ma è necessario altresì che sembri tale.

L'esigenza di garantire l'imparzialità dell'organo giudicante non solo effettiva ma anche apparente ha determinato molteplici problematiche.

La giurisprudenza inglese ha a lungo indugiato sull'individuazione certa di un criterio per sindacare l'apparenza di imparzialità dell'arbitro.

In particolare, le *authorities* inglesi si sono divise facendo riferimento a due differenti criteri: il cosiddetto “*real likelihood test*”⁷¹ e il criterio del “*reasonable suspicion*”⁷².

Il primo criterio considera l'arbitro parziale ove sussista una concreta probabilità o un concreto pericolo, *real danger*, di prevenzione da parte del giudice nella controversia. Il secondo dà rilievo al mero sospetto di parzialità in capo ad un uomo ragionevole.

L'applicazione del più rigoroso criterio del “ragionevole sospetto” aveva determinato l'annullamento di numerose sentenze sulla base di meri sintomi di parzialità. Pertanto anche al fine di evitare la sostanziale instabilità degli *award* arbitrati, le corti inglesi iniziarono a ricorrere al criterio del *real likelihood test*.

La *querelle* giurisprudenziale culminò nel noto caso *Re v. Gough*⁷³, in cui si

dell'arbitro, ma solo quegli errori tali da integrare un diniego di giustizia. Da ciò discendeva l'impossibilità per l'arbitro di sentire una parte o i suoi testimoni senza la contemporanea presenza dell'altra. Un *procedural mishap* poteva determinare la rimozione dell'arbitro solo quando integrava una sostanziale ingiustizia. *Rotheray (E.) & Sons Ltd. v. Carlo Bedarida & Co.*, 1961, 1 Lloyd's Rep. 220; *London Export Corporation Ltd. v. Jubilee Coffee Roasting Co. Ltd.*, 1958, 1 W.L.R. 661.

⁷⁰In tal senso si è espresso il Chief of Justice Lord Hewart nel caso *Re v. Sussex Justice, ex parte McCarthy*, 1924, 1 KB 256, 259.

⁷¹Tale test è anche definito dalle corti inglesi “*real danger test*”. *Re v Sawyer*, 1980, 71 Cr. App. R 283; *Re v. Spencer*, 1987, AC 128.

⁷²Tale criterio per sindacare l'apparenza di parzialità è stato definito anche “*real suspicion test*” o “*real apprehension of bias test*”. *Re v Mulvihill*, 1990, 1 WLR 438; *Re v Altrincham Justices, ex parte N. Pennington*, 1975, QB 549.

⁷³*Re v. Gough*, 1993, AC 646-654.

individuò quale unico test applicabile in tutti i casi di apparente parzialità di un organo giudicante quello costituito dal reale pericolo di prevenzione⁷⁴.

La valutazione del *real danger*⁷⁵ di parzialità dell'arbitro richiede l'utilizzo del criterio oggettivo dello standard dell'uomo ragionevole, ma collocato nella medesima posizione della parte e considerata la sua conoscenza del commercio e della maniera abituale di risoluzione delle controversie di settore.

2.5 La disciplina dell'imparzialità nell'Arbitration Act 1996

L'Arbitration Act 1996 recepisce gli insegnamenti della giurisprudenza inglese sull'imparzialità arbitrale e disciplina il tema in modo espresso in tre distinte sections: nella section 1 ove tra i principi fondamentali viene inclusa la necessità che la controversia sia decisa da un tribunale imparziale; nella section 33 in cui si chiarisce che il giudicante deve “*act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent(...)*”; nella section 24, ove è considerata causa di rimozione dell'arbitro la sussistenza di circostanze che possano dar luogo a giustificati dubbi sulla sua imparzialità.

L'imparzialità viene, dunque, considerata un principio cardine dell'istituto arbitrale, ma la sua disciplina è il risultato del bilanciamento tra l'autonomia negoziale delle parti e la libertà di nominare il giudicante da un lato, e la terzietà dell'arbitro nominato dall'altro.

L'imparzialità dell'arbitro trova infatti il suo limite naturale nella volontà dei litiganti. La matrice contrattuale della convenzione arbitrale determina anche il potere delle parti di rinunciare ad una piena imparzialità, accettando espressamente che la decisione della controversia insorta promani da un giudice non equidistante, almeno apparentemente. Tale limite è riconosciuto ed accettato dalla giurisprudenza inglese quando la rinuncia delle parti sia consapevole e paritaria.

A differenza dell'imparzialità, nessun riferimento viene fatto nell'Arbitration

⁷⁴Il criterio del *real danger* venne poi applicato nelle pronunce successive.

⁷⁵Sent. *Bremer Handelsgesellschaft M.B.H. v. Ets. Soules et Cie and Anthony G. Scott*, 1985, 2 Lloyd's ep. 199; *Hagob Ardahalian v. Unifert International S.A.*, 1984, 2 Lloyd's rep. 84.

Act 1996 al requisito della “*independence*”. In questo modo la legge arbitrale inglese si discosta dalla Model Law che nell'art. 12⁷⁶ individua come cause di rimozione dell'arbitro non solo l'assenza di imparzialità, ma anche di indipendenza.

Nel February 1996 Report DAC⁷⁷ si è precisato che è possibile essere imparziali senza essere interamente indipendenti, ma chiunque manchi di indipendenza si dimostrerà parziale⁷⁸. L'indipendenza degli arbitri non è quindi stata considerata un presupposto necessario dal legislatore inglese⁷⁹.

L'*independence*⁸⁰ dell'organo giudicante si rinviene nell'assenza di rapporti

76L'art. 12 stabilisce:” *When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. (...)2. An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. (...)”.*

77Le ragioni dell'assenza del requisito dell'indipendenza sono così spiegati nel DAC REPORT Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, Report on the Arbitration Bill 101-04 (February 1996):” (...) *It seems to us that lack of independence, unless it gives rise to justifiable doubts about the impartiality of the arbitrator, is of no significance. The latter is, of course, the first of our grounds for removal. If lack of independence were to be included, then this could only be justified if it covered cases where the lack of independence did not give rise to justifiable doubts about impartiality, for otherwise there would be no point including lack of independence as a separate ground. We can see no good reason for including "non-partiality" lack of independence as a ground for removal and good reasons for not doing so.(...)For example, it is often the case that one member of a barristers' Chambers appears as counsel before an arbitrator, who comes from the Chambers. Is that to be regarded, without more, as a lack of independence justifying the removal of the arbitrator? We are quite certain that this would not be the case in English law...We would further note in passing that even the oath taken by those appointed to the International Court of Justice, and indeed to our own High Court, refers only to impartiality. Further, there may well be situations in which parties desire their arbitrators to have familiarity with a specific field, rather than being entirely independent. Cfr. HARRIS – PLANTEROSE – TECKS, *The Arbitration Act 1996. A commentary*, Oxford, 2007, p. 129; SUTTON – KENDALL – GILL, *Russell on Arbitration*, London, 1997, p. 119 ss.*

78La dottrina e la giurisprudenza inglesi si interessano principalmente della nozione di imparzialità riferendosi all'indipendenza solo in modo secondario e sussidiario. Questa è una conseguenza di una precisa scelta del legislatore inglese. Infatti in sede di redazione dell'*Arbitration Act* del 1996 era stata proposta l'introduzione di uno specifico riferimento non solo all'imparzialità ma anche all'indipendenza degli arbitri. Il Governo tuttavia non accolse tale proposta, che si sarebbe dimostrata incompatibile con la prassi per cui arbitro e avvocato di una delle parti fanno parte della medesima Chamber. Cfr. MERKIN, *Arbitration Act 1996, An annotated guide*, London, 1996, p. 12 ss.

79Come è stato precisato da EASTWOOD (*A real danger of confusion?The English Law Relating to Bias in Arbitrators*, in *Arb. Int.*, 2001, v. 17, n. 3, p. 297) la spiegazione della Departmental Advisory Committee non è soddisfacente, è chiaro infatti che il più, l'imparzialità, comprende il meno, l'indipendenza. Inoltre il recepimento in Inghilterra dello Human Rights Act 1998 dovrebbe eliminare all'origine il dibattito. L'art. 6 di detta Convenzione prescrive che il tribunale sia “imparziale e indipendente”, le corti inglesi devono darvi attuazione e quindi garantire l'imparzialità ma anche l'indipendenza degli organi giudicanti.

80Dalla indipendenza e dalla imparzialità si deve distinguere la neutralità. Tale concetto presuppone che l'arbitro sia equidistante rispetto alle nazioni delle parti, ai loro sistemi politici e legali. LALIVE, *On the neutrality of arbitrator and of the place of arbitration*, 1984, *Essay on International Arbitration*, p. 23 ss; GOODMAN – EVERARD, *Cultural*

o relazioni personali, economiche e sociali, attuali, pregresse o future con le parti in causa. Tale requisito può essere considerato, dunque, come un mero criterio per verificare se il giudice sia effettivamente e concretamente imparziale, ma l'assenza di legami con una delle parti non esclude *ex se* l'eventuale parzialità del tribunale⁸¹.

L'Arbitration Act 1996 impone agli arbitri di essere imparziali, ritenendo che in tale concetto sia compreso anche quello di indipendenza e pertanto nella sec. 24 prevede che “*A party to arbitral proceedings may (...) apply to the court to remove an arbitrator on (...) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality*”. La disposizione stabilisce che le parti possono richiedere alle corti statali la rimozione dell'arbitro in presenza sia di parzialità effettiva che anche solo di una mera apparenza di parzialità.

Il criterio disciplinato dalla legge inglese per valutare la sussistenza di un'apparente parzialità è quello del *real danger*⁸², elaborato nel caso *Re v. Gough*. In questo modo la vigente disciplina si allinea con l'evoluzione giurisprudenziale e ciò si desume proprio, come chiarito dalle corti inglesi⁸³,

Diversity in International Arbitration – A Challenge for Decision – Makers and Decision – Making, 1991, 2 *Arbitration International*, p. 155; SUTTON – KENDALL – GILL, *Russell on Arbitration*, London, 1997, p. 123.

81 L'indipendenza si riferisce a circostanze tipizzate e predeterminate, la cui sussistenza determina una presunzione di non equidistanza del giudice. L'accertamento di tale requisito avviene mediante il ricorso a criteri oggettivi, di più facile accertamento, il cui riscontro non consente nemmeno un'indagine concreta e soggettiva circa l'effettiva imparzialità dell'organo giudicante. MUSTILL – BOYD, op. cit. p. descrive l'indipendenza come: “*the absence of any degree of relationship between the arbitrator and any party or parties, or between the arbitrator and the substance of the disputes which would make it inappropriate for him to adjudicate between those parties on that dispute*”. Da questa definizione si desume che l'indipendenza presuppone da un lato l'assenza di una relazione personale con le parti litiganti, dall'altro l'assenza di prevenzioni riguardo all'oggetto della lite.

82 Nella sentenza *AT&T Corporation and Another v. Saudi Cable Co.*, 2000, 1 Lloyd's Rep. 22, l'arbitro aveva ommesso di indicare nel suo *curriculum vitae* di essere azionista di una compagnia concorrente dell'attrice. I giudici ritennero che tale circostanza integrava un mero vizio formale dell'obbligo di *disclosure* ed ammetteva la rimozione dell'arbitro per tali motivi avrebbe determinato una sostanziale instabilità dei lodi arbitrali. L'istanza di rimozione venne rigettata insieme alla possibilità di applicare nell'arbitrato il più rigoroso criterio del *reasonable suspicion*, rispetto alla più tenue regola del *real danger*. Secondo la corte, infatti, se sono elaborati due standards per valutare l'apparenza di imparzialità, quello più rigoroso dovrebbe essere applicato ai giudici statali e non a quelli privati.

83 Tali conclusioni sono state elaborate dalla English Commercial Court nella sentenza *Laker Airways Incorporated v. FLS Aerospace Limited and Stanley Jeffrey Burnton, FLS Aerospace Limited v. Laker Airways Incorporated*, 1999, 2 Lloyd's Rep. 45. Il caso muove da un'istanza di riconsunzione promossa contro un arbitro in quanto *barrister* esercitante la professione nella medesima Chamber di un altro avvocato, precedentemente istruito sulla causa dalla parte stessa. Il rischio di un conflitto di interessi deriva da due fattori: il primo è l'apparente interesse economico comune che unisce arbitro e avvocato in quanto

dal riferimento ai “dubbi giustificati sull'imparzialità” dell'arbitro contenuto nella s. 24.

L'Arbitration Act 1996 distingue, inoltre, in relazione alle conseguenze giuridiche, tra attuale parzialità del giudice e mera apparenza di parzialità. La prima circostanza determina l'automatica *disqualification* dell'arbitro; la seconda rende l'arbitro squalificabile ma solo allorché sussista un effettivo pericolo di parzialità.

La sussistenza di dubbi giustificati sulla imparzialità dell'arbitro come requisito per la sua rimozione e quindi la scelta di recepire il criterio del *real danger* trova il suo fondamento nella necessità di evitare tattiche dilatorie, che potrebbero essere determinate dalla incondizionata ricusabilità del giudice privato.

2.6 Evoluzione giurisprudenziale del criterio del *real danger of bias*

Con l'entrata in vigore dell'Arbitration Act 1996 il dibattito giurisprudenziale si è spostato dall'individuazione del criterio da adottare per valutare l'*apparent bias*, all'interpretazione del *real danger test*⁸⁴.

La valutazione della sussistenza di un reale pericolo di parzialità può essere condotta riferendosi al parametro del *fair minded and informed observer*⁸⁵ o del *reasonable men* impersonificato dalla corte inglese. Il secondo approccio comporta la necessità di considerare l'influenza che circostanze o relazioni riguardanti il giudice privato possono avere su un membro della collettività considerata nel suo complesso e presenta il vantaggio mantenere alta la fiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia.

Il criterio del *fair minded and informed observer* è stato inteso come

appartenenti alla medesima Chamber; il secondo è il rischio che venga violato il segreto professionale e vengano trasmesse informazioni privilegiate. Sebbene nella sentenza i giudici inglesi abbiano ritenuto insussistente il reale pericolo di parzialità dell'arbitro, la sentenza chiarisce che la section 24 dell'Arbitration Act 1996 non è altro che una riformulazione dei principi stabiliti dalla giurisprudenza pregressa ed un recepimento del criterio del *real danger*.

84 Il dibattito dottrinale sull'adeguatezza del criterio del *real danger of bias* ovvero del *reasonable suspicion* ha perso rilievo anche perché a partire dal 2000, con la sentenza *Director General of Fair Trading c. Proprietary Association of Great Britain*, 2000, All. E.R. (D), p. 2425, si stabilisce che i due criteri per la valutazione delle *potential bias* sono in realtà coincidenti.

85 ATRILL, *Who is the 'fair-minded and informed observer'?*, 2003, 62 (2) C.L.J. 279, p. 283.

riferibile ad una persona dotata di particolari conoscenze giuridiche o tecniche.

Le corti inglesi nel corso degli anni hanno adottato entrambi i parametri di riferimento.

Nel precedente *Laker Airways Inc v. FLS Aerospace Ltd.*⁸⁶ l'arbitro nominato dal convenuto ed il difensore dell'appellante facevano parte della stessa *barristers' chambers*. L'appartenenza alla stessa camera, secondo la corte inglese, determina senza dubbio la condivisione di alcune risorse come libri e staff, ma all'interno della stessa ciascun avvocato lavora in modo autonomo e indipendente. La particolare struttura e funzione delle camere non determinano un reale pericolo di parzialità del giudice privato. La sec. 24 Arbitration Act 1996 richiede agli arbitri di essere imparziali non anche necessariamente indipendenti, a meno che l'assenza di *independence* non determini *justifiable doubts as to impartiality*.

L'applicazione concreta del *real danger test* in tale precedente è stata oggetto di critica. Infatti, nel caso di specie una delle parti era di nazionalità americana e non inglese, pertanto non conosceva la struttura delle *chambers* né era abituata alle pratiche inglesi. La valutazione del pericolo di parzialità è stata condotta dalla corte inglese in base alla prospettiva di un ragionevole uomo inglese e non americano. Probabilmente nella prospettiva di un uomo ragionevole di nazionalità diversa da quella inglese l'appartenenza dell'arbitro alla stessa camera di uno degli avvocati di parte avrebbe fondato un dubbio giustificato sull'imparzialità del giudice privato.

Nel caso *Locabail (UK) Ltd v. Bayfield Properties Ltd.*⁸⁷, Lord Bingham ha precisato che la corte impersonifica e riveste il ruolo di *reasonable man* e deve procedere nelle sue valutazioni in base al *common sense*, senza ricorrere a particolari conoscenze o tecnicismi. La corte è tenuta a valutare la sussistenza di un reale pericolo di parzialità dell'organo giudicante come un qualsiasi ben informato *member of the public*.

Il riferimento al *common sense* è stato adottato anche nel caso *AT & T Corp. v. Saudi Cable Co.*⁸⁸ In tale controversia l'arbitro era direttore non esecutivo della società *AT & T Corp.* e aveva una piccola partecipazione azionaria nella

⁸⁶*Laker Airways Inc v. FLS Aerospace Ltd*, 1999, 2, Lloyd's Rep. 45.

⁸⁷*Locabail (UK) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd*, 2000, Q.B. 451.

⁸⁸*AT & T Corp. v. Saudi Cable Co.*, 2000, 2 Lloyd's Rep. 127.

stessa. Tali circostanze non sono state considerate sufficienti per la *disqualification* dell'arbitro, in quanto l'interesse indiretto dell'arbitro non era tale da poter influenzare il suo potere decisionale.

Tuttavia tale genere di interessi può ingenerare nelle parti, non informate sui compiti e il ruolo concreto di un direttore non esecutivo, dubbi sull'imparzialità dell'organo giudicante.

Il dibattito sul parametro da utilizzare nella valutazione dell'imparzialità apparente è stato influenzato dall'introduzione in Inghilterra dello Human Rights Act 1998⁸⁹, che ha determinato un cambiamento di rotta della giurisprudenza inglese.

L'articolo 6, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, stabilisce che il giudice deve essere non solo soggettivamente o attualmente imparziale, ma anche oggettivamente o apparentemente tale⁹⁰. In alcune pronunce⁹¹ le corti inglesi hanno rilevato l'inadeguatezza del criterio del *real danger* ad assicurare effettivamente l'apparente imparzialità dell'organo giudicante, per cui ha fatto seguito non al totale superamento del criterio, bensì ad una sua modifica⁹².

Si è considerato necessario per ottenere la rimozione del giudice la sussistenza di circostanze che inducano un osservatore equo e informato, *fair minded and informed observer*, a ritenere che vi sia una reale possibilità di parzialità del tribunale, *real possibility of bias*. In questo modo si è mantenuto inalterato il riferimento al pericolo reale di parzialità del giudice, ma introdotto il riferimento ad un contesto concreto⁹³.

In recenti sentenze, infine, le corti inglesi hanno considerato perfettamente

89Entrato in vigore in Gran Bretagna nell'ottobre del 2000. La riconsiderazione dell'orientamento giurisprudenziale si deve al cd. effetto orizzontale della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo ovvero la diretta invocabilità anche tra privati, e non solo nei rapporti tra cittadini ed autorità, dei diritti tutelati dalla convenzione.

90Cfr. SANDY, *Independence, Impartiality, Arbitration and Human Rights Act in England*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 314

91 *Medicaments and Related Classes of Goods, Re*, 2001, 1 W.L.R. 700.

92 *Re v. Inner West London Coroner, ex parte Dellaglio*, 1994, 4 All ER 139; *Re v. Medicaments and related Classes of Goods*, 2001, WLR 700.

93 In tal modo le corti inglesi procedono ad una modifica del criterio del *real danger* ponendo fine ad un lungo dibattito. Tuttavia, si deve notare che nel caso *Porter v. Magill*, 2002, 2 AC 357 viene eliminato qualsiasi riferimento al criterio del *real danger* e si enuncia il principio per cui il giudice può essere rimosso in presenza di circostanze che inducano un *fair-minded and informed observer* a ritenere che vi sia una *real possibility* di parzialità. Autorevole dottrina (SANDY, *Independence, Impartiality, Arbitration and Human Rights Act in England, op. cit.*, p. 319 ss.) ha però subito chiarito che ci sono buone ragioni per non applicare il *Porter test* all'arbitrato e così distinguere i criteri applicabili per garantire l'imparzialità nell'arbitrato e nel processo giurisdizionale.

equivalenti i principi espressi dalla giurisprudenza inglese e dallo Human Rights Act in tema di imparzialità dei tribunale⁹⁴, considerando valido ed efficace il criterio del *real danger* come elaborato nel caso *Re v. Gough* per sindacare l'apparenza di imparzialità degli organi giudicanti.

Infatti, il criterio del *real danger* presuppone per la *disqualification* dell'arbitro una reale possibilità di parzialità e non la mera probabilità. Inoltre il riferimento al *reasonable man* non è altro che un sinonimo di *fair minded observer*.

Le successive pronunce giurisprudenziali hanno, dunque, fatto riferimento al criterio del *fair minded and informed observer*, considerato conforme agli insegnamenti della corte di Strasburgo.

In particolare, nel caso *Taylor v. Lawrence*⁹⁵ il giudice si era avvalso dei servizi del *solicitor* di una delle parti litiganti prima di pronunciare la decisione. La corte precisò in tale caso che un *informed observer* dovrebbe essere a conoscenza delle tradizioni legali e della cultura inglesi e dovrebbe sapere che in tale sistema i giudici non sono isolati dagli altri giuristi ma interagiscono in modo collaborativo. Pertanto una normale cooperazione⁹⁶ tra un giudice privato ed un avvocato non dovrebbe determinare in un *informed observer* il reale pericolo di parzialità del giudice privato.

Le corti inglesi⁹⁷ pertanto hanno a lungo interpretato il concetto di *informed observer* nel senso di persona informata almeno delle pratiche legali inglesi e dell'attività posta in essere dai giudici statali e privati all'interno della Gran Bretagna.

Questa conclusione determina un ulteriore problema pratico ovvero cosa si intenda per *legal customs*, quali siano cioè le pratiche e le abitudini legali inglesi che un *informed observer* deve conoscere. Recentemente la House of

94 Resta, tuttavia, dubbia l'applicazione dello Human Rights Act ai giudici privati. In alcune pronunce (*Lawal v. Northern Spirit Ltd.*, 2003, UKHL 35) si evidenzia la applicabilità dei principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo anche all'arbitrato, ma non mancano voci contrarie. SANDY (in *Independence, Impartiality, Arbitration and Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 319 ss.) rileva che la ragione del ricorso a rimedi rigorosi per sindacare non solo l'attualità ma anche l'apparenza di imparzialità dei giudicanti è garantire la pubblica fiducia nella amministrazione della giustizia. Tale *ratio* non si può rinvenire nell'ipotesi di giudici privati. L'arbitrato è un sistema alternativo e volontario di risoluzione delle controversie in relazione al quale non deve essere assicurata di fronte ai cittadini l'integrità della giustizia.

95 *Taylor v. Lawrence*, 2002, EWCA Civ 1380.

96 Ciò almeno quando i rapporti tra arbitri ed avvocati sono di natura professionale e configurano una normale collaborazione per la migliore risoluzione delle controversie.

97 *Hart v. Relentless Record*, 2002, EWHC 1984.

Lords nel caso *Lewal v. Northen Spirit Ltd.*⁹⁸ ha osservato che la pubblica percezione delle pratiche legali è relativa al momento storico e si modifica al cambiare della collettività, per cui molte pratiche considerate accettabili anni or sono, non lo sono più oggi. La Corte ha precisato che il fatto che un osservatore debba essere informato e conoscere le pratiche legali inglesi, non vuol dire che debba dividerle o considerarle giuste. Tali pratiche sebbene conosciute possono comunque determinare il reale pericolo di parzialità del giudice privato.

La valutazione dell'esistenza di un'*apparent bias* deve essere necessariamente finalizzata a garantire la fiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia. Pertanto l'unica questione rilevante, che le corti dovrebbero tenere presente nel decidere una controversia, è la fiducia pubblica nell'amministrazione della giustizia.

Questa conclusione rende la concreta applicazione del parametro di riferimento del *real danger test* flessibile, discrezionale e relativa alla suddetta esigenza sociale.

2.7 Effetti della parzialità

Nell'ipotesi in cui il giudice abbia un interesse diretto ad un determinato esito della controversia ovvero sia *iudex in rem propriam*, la giurisprudenza riconosce la sussistenza di una presunzione di parzialità *iuris et de iure*, avverso la quale non sarà possibile fornire prova contraria.

La giurisprudenza inglese, inoltre, equipara la presenza di un interesse pecuniario all'ipotesi dello *iudex in rem suam* e considera in entrambi i casi automatica *disqualification* del giudice⁹⁹. Nelle altre ipotesi la rimozione del giudice privato non è automatica, ma subordinata all'accertamento che l'interesse, non pecuniario, del giudice abbia influenzato la sua capacità di giudizio.

In presenza di un interesse meramente indiretto nella controversia, la *disqualification* dell'arbitro sarà ugualmente automatica, con conseguente invalidità della relativa decisione, laddove l'arbitro non abbia manifestato il proprio interesse alle parti. In tale ipotesi non sarà necessario verificare la

⁹⁸*Lewal v. Northen Spirit Ltd.*, 2003, UKHL, 35; 2003, I.C.R. 856.

⁹⁹*Sellar v Highland Railway Co.*, 1991, SC (HL) 19.

sussistenza di una reale possibilità o di un sospetto di parzialità, in quanto il silenzio del giudice sulla circostanza implica di per sé un'apparente parzialità¹⁰⁰.

Il silenzio del giudice su circostanze che possono dar luogo a dubbi sulla sua imparzialità è sufficiente a rimuovere il giudicante dall'incarico.

Il giudice può evitare tali effetti giuridici dichiarando alle parti l'esistenza di un proprio interesse nella controversia e lasciando alle stesse la possibilità di rinunciare alla *disqualification*.

2.8 Il *duty of disclosure*

Il *duty of disclosure*¹⁰¹ consiste nell'obbligo di ogni organo giudicante di dichiarare tutte le eventuali circostanze di natura sia soggettiva che oggettiva che possono incidere sul suo giudizio. Il dovere permane durante l'intera procedura arbitrale fino alla pronuncia del lodo, laddove fatti sopravvenuti ne rendano necessaria la ripetizione.

Tale istituto, tipico del sistema americano, è previsto nella maggior parte degli ordinamenti giuridici¹⁰² ed è considerato un valido strumento per

100 A tali conclusioni giunsero le corti inglesi nel caso *Re v. Bow Street Metropolitan Stipendary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte*, 1999, 2 W.L.R. 272. La sentenza muove dalla emissione da parte delle autorità giudiziarie spagnole di un mandato internazionale di arresto a carico di Augusto Pinochet, che si trovava in Inghilterra, per ottenerne l'estradizione in Spagna, ove avrebbe affrontato un processo per crimini contro l'umanità. La corte era in particolare composta da Lord Hoffman, il quale era presidente un organismo controllato da Amnesty International e dato che tale associazione era favorevole a che persone responsabili di violazioni dei diritti umani affrontassero un giudizio, la pubblica fede per l'integrità dell'amministrazione della giustizia poteva essere scossa se si fosse consentito di mantenere la decisione cui aveva contribuito anche Lord Hoffman. In tale caso dunque si era ravvisato un interesse da parte di un giudice di natura non patrimoniale, che non avrebbe dovuto determinare l'automatica *disqualification*, essendo necessario accertare il reale pericolo di prevenzione o il ragionevole sospetto di parzialità. Tuttavia i Lords ritennero che l'interesse di Lord Hoffman sebbene non patrimoniale potesse dar luogo alla automatica squalifica a causa della mancata *disclosure*, al fine di garantire l'assoluta imparzialità del giudice e il pubblico affidamento sulla giustizia. Sebbene dunque il *duty of disclosure* non sia mai stato imposto *ex lege* agli organi arbitrali, le corti inglesi lo considerano necessario per non incorrere nelle sfavorevoli conseguenze determinate dalla *disclosure*.

101 Il *duty of disclosure* è stato per la prima volta elaborato dalla giurisprudenza statunitense nella sentenza, 18 novembre 1968, della Corte Suprema *Commonwealth Coatings Corp. c/ Continental Casualty Co. & others* (in *Rev. Arb.*, 1969, 2, p. 69 ss.), in cui venne ammessa l'esistenza di un obbligo arbitrale di informare la parte avversa della eventuale vicinanza all'altro contendente o di un interesse comune nella controversia.

102 Il *duty of disclosure* già diffuso in diversi ordinamenti e previsto da una disposizione della legge modello UNCITRAL, non è espressamente disciplinato dal nostro codice di rito. La lacuna □ può, tuttavia, essere colmata attraverso il ricorso alle norme sulla buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio, *ex art. 1375 c.c.*, ed a quelle sulla diligenza nell'esecuzione del mandato, di cui all'*art. 1710 c.c.*

assicurare la trasparenza e fiducia nei rapporti tra parti ed arbitri.

L'arbitration Act 1996 non disciplina espressamente tale istituto. Il testo legislativo riconosce molteplici doveri degli arbitri tra i quali il *duty of act fairly and impartially*¹⁰³, *to conduct the proceedings properly*¹⁰⁴, di evitare tutte le spese e i ritardi non necessari¹⁰⁵, di non eccedere dai suoi poteri¹⁰⁶. Nessun riferimento è però previsto al dovere dell'arbitro di dichiarare alle parti le circostanze che potrebbero renderlo parziale.

Nella giurisprudenza inglese si riscontrano orientamenti contrastanti sul riconoscimento di un simile dovere arbitrale, data l'assenza di un fondamento normativo. Nel caso *AT & T Corp. Et Lucent Technologies Inc. c. Saudi Cable Company*¹⁰⁷ detta questione è stata sottoposta all'esame della Hight Court, che ha ricondotto il *duty of disclosure* ad un mero obbligo contrattuale. La corte inglese ha sottolineato che l'obbligo di dichiarazione non trova la sua fonte nell'Arbitration Act ma nell'*agreement* stipulato tra parti ed arbitri.

3.1 Formazione del Tribunale arbitrale

3.2 Capacità dell'arbitro e qualifiche

Il principio dell'autonomia delle parti caratterizza interamente la disciplina relativa alla formazione dei tribunali arbitrali. Prima dell'introduzione dell'Arbitration Act nel 1996 si riteneva¹⁰⁸ che qualsiasi persona fisica potesse rivestire il ruolo di arbitro, purchè validamente nominata dalle parti. L'unico requisito richiesto per diventare arbitri era l'essere una *natural person*, ma non si richiedeva capacità di agire, con la conseguenza che anche minori o infermi potevano emettere lodi validi¹⁰⁹.

103 Il dovere è previsto dalle sec. 24, comma primo lett. a, e 33, comma primo lett. a, dell'Arbitration Act 1996.

104 Sec. 24, comma primo, lett. d, punto i.

105 Sec. 33, comma primo lett. b.

106 Sec. 68, comma secondo lett. b.

107 In Lloyd's Rep. 2000, 122.

108 Cfr. MUSTILL – BOYD, *Commercial arbitration*, op. cit., p. 247 ss; WALTON, *Russel on Arbitration*, op. cit., p. 111 ss.

109 La ragione di tale libertà si rinviene da un lato nel rispetto delle volontà espresse nell'*arbitration agreement*, dall'altro in una sorta di autoresponsabilità delle parti nella scelta degli arbitri. L'incapacità dell'arbitro nello svolgimento dei propri doveri doveva

L'unico limite alla piena libertà dei litiganti era il divieto di designare persone giuridiche.

La stessa esigenza di assecondare la volontà negoziale delle parti trovava riscontro nelle qualità e caratteristiche dell'arbitro convenzionalmente predeterminate dalle parti nella convenzione. Nessuna preclusione era legislativamente prevista, nessuna competenza o preparazione tecnica richiesta all'arbitro, se non per volontà delle parti. L'eventuale mancanza di una delle qualifiche convenzionalmente predisposte determinava però il venir meno del potere di *ius dicere* dell'arbitro e, dunque, la nullità del lodo emesso e dell'intera procedura arbitrale.

L'Arbitration Act 1996 non individua espressamente quali siano i requisiti per rivestire il ruolo di arbitro. Dalla s. 24, che individua le ipotesi di *removal* dell'arbitro, si desume che il giudice privato deve essere e sembrare “*physically and mentally*” capace di condurre la procedura e possedere le qualifiche richieste dalle parti nell'*arbitration agreement*.

Il potere delle corti statali¹¹⁰ di rimuovere l'arbitro non è limitato alle sole ipotesi in cui l'incapacità dell'arbitro sia sorta dopo la data della designazione, ma si estende anche a quelle in cui la stessa fosse già esistente prima della nomina, laddove le parti non ne fossero a conoscenza¹¹¹. L'incapacità dell'arbitro non deve necessariamente essere permanente o duratura, ma è sufficiente che sia tale da impedire al giudice privato di gestire la procedura arbitrale durante il suo intero corso¹¹².

L'incapacità mentale o fisica dell'arbitro può determinarne il *removal* ai sensi della s. 24, ma non vizia il lodo emesso, non essendo, infatti, espressamente qualificata come requisito per l'impugnazione del lodo ai

essere imputata esclusivamente alle parti che lo avevano scelto.

110 La Section 105 dell'Arbitration Act del 1996 contiene la definizione di “Court”: “*In this Act “the court” means the High Court or a county court subject to the following provisions. (2) The Lord Chancellor may by order make provision: (a) allocating proceedings under this Act to the High Court or to county courts; or (b) specifying proceedings under this Act which may be commenced or taken only in the High Court or in a county court. (3) The Lord Chancellor may by order make provision requiring proceedings of any specified description under this Act in relation to which a county court has jurisdiction to be commenced or taken in one or more specified county courts. (...)*”.

111 Cosicché sembra possibile anche oggi che le parti nella convenzione arbitrale scelgano arbitri intellettualmente incapaci, i cui relativi lodi non potranno che essere validi ed efficaci.

112 *Succula Ltd and Pomona Shipping Co. Ltd. Harland and Wolff Ltd.*, 1980, 2 Lloyd's Rep. 381.

sensi della s. 68¹¹³. In tal modo si finisce con il legittimare la possibilità di *award* emessi da arbitri incapaci.

Le parti possono precisare nella convenzione arbitrale che l'arbitro abbia delle qualifiche personali o professionali, quali l'essere membro di una determinata associazione, o un *commercial men* o un Queen's Counsel¹¹⁴. Il mancato rispetto di tali pattuizioni, oltre a determinare la rimozione dell'arbitro, costituisce motivo di impugnazione dell'*award* ai sensi della s. 67.

3.3 Modalità di formazione del Tribunale arbitrale

La s. 15 Arbitration Act 1996¹¹⁵ stabilisce che “*The parties are free to agree on the number of arbitrators to form the tribunal and whether there is to be a chairman or umpire*”¹¹⁶. Tale disposizione conferma il ruolo preminente riconosciuto dal legislatore inglese all'autonomia negoziale delle parti. Le parti possono liberamente formare l'organo giudicante, tuttavia, nell'ipotesi in cui prevedano, nella convenzione arbitrale, un numero pari di arbitri, senza ulteriori precisazioni, il giudice statale procederà alla nomina di un ulteriore arbitro in qualità di *chairman*.

La disparità del numero degli arbitri non è considerata nel diritto inglese un principio inderogabile, né un limite all'autonomia privata, in quanto si consente alle parti di disporre la formazione di un organo arbitrale di numero pari. Tuttavia, in assenza di una volontà chiara delle parti sul numero di componenti del collegio, il legislatore inglese interpreta la previsione di un numero pari di membri come mera dimenticanza e dispone la nomina del componente dispari.

Laddove le parti non abbiano stabilito nella convenzione le regole per la formazione dell'organo arbitrale, quest'ultimo sarà unipersonale, cd. *sole arbitrator*. In questa previsione l'Arbitration Act si distingue dalla Model Law¹¹⁷ che nel silenzio delle parti opta per la formazione di un tribunale

113 L'incapacità dell'arbitro potrebbe essere compresa nel concetto di *serious irregularities* di cui al secondo comma della s. 68.

114 Cfr. SUTTON – KENDALL – GILL, *Russell on Arbitration*, London, 1997, p. 115 ss.

115 In particolare, le norme relative alla formazione del tribunale arbitrale sono contenute nelle sections da 15 a 19 dell'arbitration act 1996.

116 Ciò è disposto dalla s. 15 dell'Arbitration Act 1996.

117 L'articolo 10 della Model Law prevede:” (1) *The parties are free to determine the*

tripartito. La divergenza dalla Model Law è stata motivata dalla DAC in base all'esigenza di garantire nell'arbitrato una riduzione dei costi di gestione e di formazione dell'organo giudicante, cosicché i maggiori costi di un tribunale tripartito potranno essere volontariamente sostenuti dalle parti, ma non imposti dal legislatore.

Le sections 20 e 21 disciplinano il ruolo e le funzioni di due figure peculiari dell'ordinamento giuridico inglese: il *chairman* e l'*umpire*.

Il primo riveste il ruolo di Presidente del Collegio arbitrale, il suo voto è determinante nelle ipotesi di stallo nella decisione della controversia provocato dall'applicazione della regola della maggioranza¹¹⁸. L'*umpire* riveste l'originale funzione di terzo arbitro che rimane estraneo al procedimento arbitrale ed è chiamato in causa, in qualità di giudice unico, solo nel caso in cui si verifichi un *disagreement* tra i due *party-appointed arbitrators* tale da impedire la deliberazione¹¹⁹. La disciplina puntuale volta a distinguere il ruolo del *chairman* da quello dell'*umpire* può essere modificata dalle parti, che nell'*arbitration agreement* sono libere di stabilire le specifiche funzioni dei due arbitri derogando alle norme di legge.

Le modalità di nomina dell'organo arbitrale possono essere determinante dalle parti nella convenzione, ma il legislatore detta delle norme suppletive.

Nell'ipotesi di tribunale unipersonale¹²⁰, la nomina deve promanare da entrambe le parti congiuntamente nel termine di 28 giorni dalla notifica della richiesta di provvedere alla designazione inviata da uno dei litiganti.

number of arbitrators. (2) Failing such determination, the number of arbitrators shall be three”.

118 Così è stabilito nella sec. 20 dell'*arbitration act 1996*:” (3) *Decisions, orders and awards shall be made by all or a majority of the arbitrators (including the chairman). (4) The view of the chairman shall prevail in relation to a decision, order or award in respect of which there is neither unanimity nor a majority under subsection (3)”.*

119 La sec. 21 dell'*Arbitration Act* stabilisce infatti:”(3)*The umpire shall attend the proceedings and be supplied with the same documents and other materials as are supplied to the other arbitrators. (4) Decisions, orders and awards shall be made by the other arbitrators unless and until they cannot agree on a matter relating to the arbitration. In that event they shall forthwith give notice in writing to the parties and the umpire, whereupon the umpire shall replace them as the tribunal with power to make decisions, orders and awards as if he were sole arbitrator. (5) If the arbitrators cannot agree but fail to give notice of that fact, or if any of them fails to join in the giving of notice, any party to the arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court which may order that the umpire shall replace the other arbitrators as the tribunal with power to make decisions, orders and awards as if he were sole arbitrator. (6)The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.”.*

120 Come previsto dalla sec. 16, terzo comma, *Arbitration Act*:”*If the tribunal is to consist of a sole arbitrator, the parties shall jointly appoint the arbitrator not later than 28 days after service of a request in writing by either party to do so”.*

Se il tribunale deve essere formato da due arbitri¹²¹, ciascuna deve provvedere alla designazione del proprio arbitro nel termine di 14 giorni decorrenti dalla notifica della richiesta di nomina da parte di un litigante. Nel caso di collegio tripartito¹²², ciascuna parte dovrà nominare il proprio arbitro nel termine di 14 giorni dalla notifica della richiesta ed il terzo arbitro verrà nominato direttamente dai due giudici designati.

Laddove le parti abbiano optato per la presenza di un *umpire*¹²³, quest'ultimo verrà designato dai *party-appointed arbitrators* all'inizio della procedura o in un momento successivo ovvero al verificarsi del *disagreement*.

Infine, il legislatore inglese introduce una disposizione di chiusura¹²⁴, stabilendo che in tutte le ipotesi in cui le parti per qualsiasi ragione non riescano a provvedere alla formazione dell'organo giudicante potranno adire le corti statali affinché provvedano in loro sostituzione.

3.4 Il cosiddetto *sole arbitrator*

Le norme dettate dal legislatore inglese sulla formazione dell'organo arbitrale sono volte a garantire la paritaria partecipazione delle parti nel procedimento di nomina degli arbitri, considerata un efficace strumento di imparzialità dell'organo giudicante.

Tuttavia il sistema inglese riconosce un'eccezione al principio: il cosiddetto *sole arbitrator*.

121 Il quarto comma della sec. 16 Arbitration Act stabilisce: "If the tribunal is to consist of two arbitrators, each party shall appoint one arbitrator not later than 14 days after service of a request in writing by either party to do so".

122 La regola è contenuta nel quinto comma della sec. 16 Arbitration Act: "If the tribunal is to consist of three arbitrators: (a) each party shall appoint one arbitrator not later than 14 days after service of a request in writing by either party to do so, and (b) the two so appointed shall forthwith appoint a third arbitrator as the chairman of the tribunal".

123 Il sesto comma della sec. 16 Arbitration Act stabilisce: "(6) If the tribunal is to consist of two arbitrators and an umpire: (a) each party shall appoint one arbitrator not later than 14 days after service of a request in writing by either party to do so, and (b) the two so appointed may appoint an umpire at any time after they themselves are appointed and shall do so before any substantive hearing or forthwith if they cannot agree on a matter relating to the arbitration".

124 L'ultimo comma della sec. 16 Arbitration Act prevede: "(7) In any other case (in particular, if there are more than two parties) section 18 applies as in the case of a failure of the agreed appointment procedure".

La section 17 dell'Arbitration Act 1996¹²⁵ prevede che, salvo diversa pattuizione, se la parte che deve procedere alla nomina dell'arbitro si rifiuta od omette di farlo nel termine stabilito, la controparte, che ha tempestivamente adempiuto alla propria designazione, può notificare all'avversario una proposta di rendere unico l'arbitro dalla stessa nominato. La parte *in default* può nel breve termine di 7 giorni replicare mediante una contronominata, in questo modo esercitando tardivamente il proprio potere di designazione di un giudice privato. Nel caso di inerzia, l'arbitro designato dalla parte diligente assumerà il ruolo di *sole arbitrator* e sarà investito interamente e in via esclusiva della cognizione della controversia.

I giudici statali hanno il potere discrezionale di estendere il breve termine di 7 giorni stabilito dal secondo comma della sec. 17 Arbitration Act 1996, come previsto dalla sec. 79¹²⁶, per evitare che i termini processuali si trasformino in una sostanziale ingiustizia¹²⁷.

La *ratio* della norme consiste nel garantire la speditezza della procedura arbitrale nella sua fase iniziale e limitare le possibili tattiche dilatorie delle parti. Tuttavia la scelta inglese appare decisamente penalizzante per la parte *in default* e non trova alcun riscontro negli ordinamenti giuridici europei¹²⁸

125 La disposizione era presente anche nell'Arbitration Act del 1950 seppur con due variazioni. La previgente disciplina trovava applicazione solo nell'ipotesi di collegi costituiti da 2 o 3 arbitri, mentre la sec. 17 riguarda altresì gli organi formati da 2 arbitri ed un *umpire*. Inoltre l'Act del 1950 prevedeva la possibilità per la parte interessata di chiedere alla corte statale l'avallo della nomina ad arbitro unico del proprio arbitro *simultaneously* senza dover attendere l'inerzia della controparte, non riprodotta nel testo del 1996. Cfr. HARRIS – PLANTEROSE – TECKS, *The arbitration Act 1996. A commentary, op. cit.*, p. 98.

126 La section rubricata “*Power of Court to Extend Time Limits Relating to Arbitral Proceedings*”, attribuisce ai giudici statali il potere di estendere i brevi termini processuali stabiliti dall'Arbitration Act del 1996 laddove questi impediscano o limitino il diritto di difesa delle parti.

127 *Ranko Group v. Antarctic Maritime SA*, 1998, LMLN 492; *Equatorial Traders Ltd. v. Louis Dreyfus Trading Ltd*, 2002, 2 Lloyd's Rep. 638.

128 Questa disciplina non è prevista nelle legislazioni arbitrali europee, che in simili circostanze prevedono sempre l'intervento suppletivo del giudice statale. Tra gli ordinamenti di matrice anglosassone l'unico a prevedere tale modalità di formazione dell'organo arbitrale è il Sud-Africa. Cfr. SIMMONDS – HILL – JARVIN, *Commercial Arbitration Law in Asia and in the Pacific*, I e II, Parigi, 1987. La giurisprudenza e la dottrina maggioritarie estera non ravvisano in questa modalità di costituzione del tribunale arbitrale un contrasto con l'ordine pubblico internazionale, che ostacolerebbe la circolazione dei lodi stranieri in ambito internazionale. Tale violazione sussiste solo quando il riconoscimento della sentenza arbitrale determinerebbe un risultato inconciliabile con i principi ordinatori dello stato di recepimento. La dottrina tedesca ha, però, condiviso un orientamento più rigoroso e considera il meccanismo inglese come una chiara lesione del principio di imparzialità, con la conseguente nullità del lodo per contrarietà all'ordine pubblico. Questo orientamento, anche se minoritario, pone in serio pericolo la libera e valida circolazione dei lodi inglesi all'estero. Cfr. MARINELLI, *Imparzialità dell'arbitro, ordine pubblico e circolazione dei lodi esteri*, in *Int'l Lis*, 2002, 1, p. 23 ss.

ove l'inerzia delle parti viene integrata dall'intervento sostitutivo dei giudici statali, ma non dalla scelta della controparte.

L'unico strumento di tutela predisposto dal legislatore per la parte *in default* è la sec. 18 rubricata “*failure of appointment procedure*”, che consente alla parte interessata di richiedere alla corte l'annullamento dell'*appointment* dell'arbitro di parte ad arbitro unico.

La norma non chiarisce in presenza di quali circostanze le corti possano esercitare il potere di “*revoke any appointments already made*”. Tuttavia la giurisprudenza¹²⁹ concede l'annullamento dell'*appointment* sia nelle ipotesi in cui il *sole arbitrator* manchi dei requisiti convenuti dalle parti nell'*arbitration agreement*, sia in presenza di fondato sospetto di parzialità dell'arbitro di parte, richiamando la sec. 1 dell'Arbitration Act. La parte interessata dovrà però dimostrare che la mancata deduzione di tali motivi nel termine di sette giorni non sia a lui imputabile ovvero che l'annullamento è richiesto sulla base di circostanze sopravvenute o incolpevolmente ignorate.

3.5 *Chairman e umpire*

L'*umpire* trova la sua prima regolamentazione nell'Arbitration Act del 1950 e nei *minor amendments* introdotti con l'Act del 1979. Quest'ultimo riveste il ruolo di terzo arbitro, nominato dai due *party-appointed arbitrators* e chiamato a decidere la controversia, quale giudice unico, qualora gli arbitri nominati dalle parti incorrano in un *disagreement*.

L'*umpire*¹³⁰ è una figura tipica dell'esperienza inglese, con delle peculiarità che la distinguono non solo dagli arbitri nominati dalle parti, ma anche dall'arbitro unico o dal presidente di un collegio arbitrale. A differenza dei *party-appointed arbitrators*, la nomina dell'*umpire* non promana dalle parti, ma quest'ultimo riceve il suo incarico direttamente dagli arbitri di parte, il che gli attribuisce una più accentuata terzietà e tiene lontana l'immagine e il timore di un “*judge of his choice*”¹³¹. La fattispecie si discosta, inoltre, da

129 *BKMI Industrieanlagen v. Dutco case in France*, 1994, ADRLJ 36; MERKIN, *Arbitration Act 1996*, op. cit., p. 53-54.

130 SUTTON – KENDALL – GILL, *Russell on Arbitration*, op. cit., p. 133 ss.

131 Il tema dell'imparzialità dell'arbitro di parte è stato oggetto di un attento dibattito sollevato dalla dottrina italiana. In particolare, è stato considerato che l'imparzialità

quella del presidente del collegio o del *chairman*, poiché in tale ipotesi il terzo è, di solito, nominato dalle parti e, comunque, *ab initio* della lite.

All'*umpire* vengono riconosciuti doveri ancora più stringenti e standards di imparzialità più rigorosi di quelli imposti ai *party-appointed arbitrators*. Il terzo arbitro deve essere “*strictly impartial*”¹³², non può sentire una parte in assenza dell'avversario, né ricevere dichiarazioni relative al caso da uno dei due arbitri senza la contemporanea presenza del collega ed è tenuto a prestare la stessa equa attenzione alle prospettazioni di entrambi gli arbitri di parte.

L'intervento dell'*umpire* è provocato dal verificarsi di un *disagreement*, dal realizzarsi ovvero di una situazione di stallo nella procedura arbitrale che non ne consenta la prosecuzione. Le corti inglesi ritengono sufficiente ai fini dell'intervento dell'*umpire* l'incapacità degli arbitri di parte di concordare anche su un unico aspetto (*issue*), che potrà riguardare il merito della controversia ma anche la fase procedimentale¹³³, l'istruzione probatoria¹³⁴ o semplicemente le spese del procedimento o le date di aggiornamento delle udienze. In pratica, una qualsiasi diversità di vedute che impedisca la continuazione della procedura arbitrale è idonea a fondare la chiamata in causa dell'*umpire*. Al verificarsi di tale evenienza, gli arbitri di parte sono sollevati dai rispettivi uffici e non hanno più titolo per partecipare alla procedura. L'*umpire* diviene giudice unico della controversia.

Il principale problema che poneva e che pone ancora oggi la nomina di un collegio tripartito caratterizzato dalla presenza di un *umpire* riguarda la sua partecipazione alla procedura arbitrale sin dal suo inizio. Infatti, ammettere

dell'arbitro di parte costituisce una vera e propria contraddizione in termini, sembra, infatti, irrealistico presupporre che la parte, nel momento in cui nomina il proprio arbitro, si aspetti davvero un comportamento rigorosamente imparziale nel corso del procedimento arbitrale ed in sede di decisione. Tale considerazione, secondo alcuni autori, induce ad esigere dall'arbitro di parte non che sia imparziale, bensì solo “non disonesto”. Per tale via si ammette la parzialità dell'arbitro di parte, ma si richiede che la stessa non sia eccessiva, e che non si trasformi, dunque, in scorrettezza o corruzione. M. TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. Arb.*, 1997, p. 481 ss.; L. SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 409 ss.; CONSOLO, *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, p. 17.

132 In tal senso WHITE – WALTON, *Russel on Arbitration*, ed. XVI, 1957, p. 141 ss.; WALTON – VICTORIA, *Russel on Arbitration*, ed. XX, London, 1982, p. 233.

133 Come nel *leading case* *Winteringham v. Robertson*, [1858] 27 L.J. Ex. 301; *Iossifoglu v. Coumantaros*, [1941] 1 K.B., 396; *Cerrito v. North Eastern Timber Importers Ltd*, [1952] 1 Lloyd's Rep. 330; R. MERKIN, *Arbitration Act 1996. An annotated guide*, London, New York, Hong Kong, 1996, p. 175 ss.

134 *Cudliff v. Walters*, [1839] 2 M. & Rob. 232; *Re Tunno and Bird*, [1833] 3 B. & Ad. 488.

l'intervento dell'*umpire* solo nel caso e nel momento in cui si verifici un *disagreement*, equivale a rendere possibile la risoluzione di una controversia da parte di un arbitro che, non avendo partecipato alla procedura arbitrale, non abbia la minima cognizione dei fatti di causa.

L'assenza del terzo arbitro durante le fasi iniziali del procedimento e il suo intervento successivo solo nel caso di *disagreement* tra i *party-appointed arbitrators* può richiedere la necessità di un completo *rehearing* della causa e dunque essere motivo di “*delay and expense*”.

Tuttavia, le spese procedurali e i ritardi nell'emissione del lodo possono essere anche maggiori nel caso di immediata nomina dell'*umpire*, nelle ipotesi in cui gli arbitri di parte concordino su ogni questione di diritto.

Diverse sono state le soluzioni adottate dal legislatore e dalle corti britanniche a tale problematica.

In particolare, l'Arbitration Act del 1950, nella section 8 prevedeva che, quando la convenzione arbitrale deferiva la risoluzione della controversia ad un organo giudicante formato da due arbitri, il primo dovere di questi, una volta nominati, era quello di provvedere alla designazione di un *umpire*. La disciplina era insoddisfacente e nella prassi spesso gli arbitri finivano con il nominare l'*umpire* solo nel caso di loro effettivo contrasto, evitando in questo modo inutili sprechi di tempo e denaro. L'Act del 1979, nel tentativo di ovviare agli inconvenienti derivanti da tale norma, aveva previsto che gli arbitri non fossero più obbligati a nominare l'*umpire immediately after their own appointment*¹³⁵ ma che potessero designarlo *at any time* o comunque dovessero provvedervi *forthwith if they cannot agree*¹³⁶. Inoltre, si specificava che al verificarsi del *disagreement* gli arbitri di parte venivano spogliati delle rispettive competenze e non avevano più titolo per partecipare alla procedura arbitrale.

In questo modo, si lasciava alle parti nella convenzione arbitrale o, nel silenzio, agli arbitri dalle stesse nominati, la possibilità di determinare il momento di intervento dell'*umpire* ed in particolare di disporre l'ingresso successivo in un procedimento arbitrale gestito interamente dagli arbitri di parte. In quest'ultima ipotesi, l'*umpire* fondava la propria decisione sulle prove raccolte e sulle annotazioni redatte dagli arbitri di parte. Il terzo

135 V. Section 8 Arbitration Act del 1950.

136 V. Section 6 (1) Arbitration Act del 1979.

arbitro non aveva, dunque, altra possibilità che scegliere nel proprio *dictum* tra le ricostruzioni di fatto e di diritto elaborate dai due *party-appointed arbitrators*, e, dunque, condividere una delle due soluzioni prospettate dai giudici uscenti. Così delineata, la funzione svolta dall'*umpire* non consisteva nel decidere la controversia oggetto di convenzione arbitrale, bensì nel dirimere il *disagreement* insorto tra gli arbitri di parte.

Tale ruolo dell'*umpire* quale giudice dei due arbitri di parte subiva, però, una deroga ogni volta che una delle parti esprimesse il proprio dissenso ad un lodo emesso sulla sola base delle conclusioni e delle annotazioni redatte dai primi arbitri. In tal caso, infatti, l'*umpire* era costretto a procedere al completo *rehearing* della causa, all'istruzione probatoria, con una consequenziale duplicazione delle spese della procedura arbitrale.

I rimedi elaborati dalla prassi inglese sono stati di due diversi tipi.

In molti casi, le parti, onde evitare il rischio di *rehearing*, convenivano la necessaria partecipazione dell'*umpire* alla procedura, in questo modo garantendogli una diretta acquisizione dei fatti e degli elementi di prova, e dunque di avere una propria posizione distinta da quella degli arbitri di parte.

Tuttavia la volontà di ottenere il “*saving of costs and time*” ha condotto, altresì, a percorrere un'altra strada, ovvero il proliferare dei c.d. “*arbitrator-advocates*”¹³⁷.

In tali ipotesi, all'intervento dell'*umpire* non corrispondeva l'abbandono della procedura arbitrale da parte degli altri due arbitri. Gli stessi continuavano a prendervi parte in veste di rappresentanti o di avvocati dei contendenti, con il preciso scopo di informare e istruire l'*umpire* circa i fatti di causa, le prove raccolte e le deduzioni dei litiganti.

L'arbitro di parte diventava a tutti gli effetti l'avvocato della parte che lo aveva nominato. Il *party-appointed arbitrator* aveva titolo, se pur non l'obbligo, di continuare a partecipare alla procedura arbitrale e, se si avvaleva di tale titolo, le sue funzioni assumevano un contenuto diametralmente opposto a quelle svolte sino al *disagreement*. In tal modo, l'arbitro perdeva la sua *judicial function* per diventare *partial*, con funzioni

¹³⁷ Tale prassi si è diffusa soprattutto nel settore delle *shipping and commodity disputes* sul finire dell'Ottocento.

pressoché identiche a quelle di un qualsiasi *lawyer*¹³⁸.

La procedura comportava un considerevole risparmio dei costi dello strumento arbitrale, le parti, infatti, non dovevano provvedere alla nomina di avvocati, né alla nomina di un *umpire* che presiedesse all'intera procedura, ma solo alla designazione di arbitri di parte. Nel caso di *disagreement*, gli stessi arbitri provvedevano alla nomina dell'*umpire*, che intervenuto nel procedimento, emetteva il lodo sulla base delle argomentazione, delle prove e delle deduzioni esposte dagli arbitri di parte a sostegno ciascuno del proprio nominante¹³⁹.

Questa inversione dei ruoli da organo giudicante ad avvocato di parte poneva in serio pericolo la “*fairness and discretion*” del tribunale arbitrale¹⁴⁰.

Il fisiologico sospetto di parzialità dell'arbitro¹⁴¹ nominato da una parte diventa quasi una certezza di parzialità¹⁴² quando si ammette la

138 MUSTILL-BOYD, *Commercial Arbitration*, London, 1989, p. 263 ss.

139 La legittimità di tale prassi è stata riconosciuta dalle corti britanniche in numerose sentenze, tra le quali: *Wessamen's Koninklijke Fabrieken NV v. Isaac Modiano, Bro & Sons Ltd*, [1960] 2 Lloyd's Report 257; *Rahcassi Shipping Co SA v. Blue Star Line Ltd*, [1967] 2 Lloyd's Report 261; *Russian Oil Products Ltd v. Caucasian Oil Co Ltd*, [1928] 31 Lloyd's Report 109.

140 Nell'ordinamento giuridico italiano, l'articolo 55 del codice deontologico forense espressamente prevede al fine di assicurare il rispetto dei doveri di imparzialità ed indipendenza, che l'avvocato non possa assumere la funzione di arbitro quando abbia rapporti professionali con una delle parti che possano pregiudicarne l'autonomia. In particolare all'avvocato è preclusa la possibilità di assumere la difesa della parte nello stesso procedimento in cui ha svolto la funzione di arbitro. In tal senso si è espresso il Consiglio nazionale forense nel parere 15 maggio 1996, n. 66, in *Rass. forense*, 1996, p. 664. Cfr. DANOVI, *Commentario al codice deontologico forense*, Milano, 2004, p. 781 ss.

141 EASTWOOD, *A real danger of confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrators*, in *Arb. Int.*, 2001, vol. 17, n. 3, p. 292, evidenzia e spiega proprio le motivazioni che rendono la posizione degli arbitri ancor più delicata di quella dei giudici statali: “*There are two intrinsic difficulties in selecting an arbitrator which themselves may threaten the integrity of the process. First, the method by which each party chooses one member of a three-member tribunal may cast doubt on the independence and impartiality of the nominee. Further, and paradoxally, the very factors which may most recommend an individual as an appropriate arbitrator (familiarity with a particular industry, or knowledge of a specialist legal or technical area) may also leave him most vulnerable to a suspicion of bias*”.

142 Per poter definire un organo giudicante imparziale, infatti, quest'ultimo deve: assicurare che “la causa di una delle parti non venga aprioristicamente privilegiata in base a considerazioni e motivi che nulla hanno a che vedere con la fondatezza delle tesi espresse dalle parti” (BERNINI, *Quale arbitrato?*, Convegno AIA, *L'arbitrato: un servizio per l'impresa*, Torino, 10 ottobre 1991); essere neutrale, ovvero trovarsi in una posizione di perfetta equidistanza ideologica e culturale dalle parti in causa; e infine, essere indipendente, ovvero non legato da vincoli di dipendenza o da rapporti professionali autonomi con una delle parti in causa, che possano in qualunque modo pregiudicarne la sua libertà di giudizio. *Inter alios*: E. RICCIARDI, *La scelta degli arbitri e la costituzione del collegio arbitrale: deontologia e prassi*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 793 ss.; SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 409 ss. Come è stato sottolineato (GRANDE STEVENS, *Una finestra sul mondo della deontologia arbitrale*, in *Rass. forense*,

trasformazione dell'organo chiamato a decidere una controversia, in un avvocato di parte.

Il *duty to act impartially* risultava così irrimediabilmente compromesso. Né poteva dirsi ricostituito attraverso l'imposizione di una netta distinzione dei ruoli e delle funzioni tipiche dell'*advocacy* e del *judgment*.

In realtà, accettando un simile sistema, le parti non solo rinunciavano ad una decisione arbitrale emessa da un organo apparentemente imparziale, ma finivano con il chiedere ed accettare qualcosa di molto diverso da una *judicial function*. L'incarico deferito agli arbitri di parte non aveva più ad oggetto la risoluzione imparziale della controversia insorta, bensì di riuscire ad ottenere, per la parte che lo aveva nominato, il “*best compromise result*”¹⁴³.

La diffusione di tale prassi aveva reso manifesta la difficoltà, e, allo stesso tempo, la necessità di disciplinare *ex novo* tutti gli aspetti della figura dell'*umpire*.

Così il legislatore inglese, con l'Arbitration Act del 1996, recependo le osservazioni del Department Advisory Committee on English International Commercial Arbitration¹⁴⁴, è intervenuto nuovamente sulla materia adottando una soluzione liberale, ovvero lasciando alle parti il potere di determinare il ruolo e i poteri dell'*umpire*.

Infatti, nella section 21, l'Act del 1996 attribuisce alle parti, qualora ne abbiano convenuto l'intervento, il compito di delineare e definire i poteri, i doveri dell'*umpire* ed, in particolare, la sua partecipazione al procedimento arbitrale. Nel caso in cui le parti nella convenzione arbitrale nulla abbiano disposto, l'Act, con una norma suppletiva¹⁴⁵, prevede che l'*umpire* partecipi

1990, p. 285), le differenze tra i concetti di imparzialità, neutralità ed indipendenza non sono definite in modo assoluto, “si scopre che vi sono scambi e sovrapposizioni, sembrando incerte le frontiere tra i tre requisiti”.

143 Tale diversa funzione dell'*award* è riconosciuta nel caso *W. Naumann v. Edward Nathan & Co. Ltd.*, [1930] 37 Lloyd's Report 249; nonché in *Re Enoch and Zaretsky, Bock & Co.*, [1910] 1 K.B. 327.

144 Il Comitato, istituito dal Governo britannico nel 1985 al fine di esaminare il funzionamento della legislazione sull'arbitrato alla luce delle disposizioni della legge-modello UNCITRAL, si è espresso in tal senso nel Report on the Arbitration Bill del Febbraio 1996, riportato da R. MERKIN, *Arbitration Act 1996. An annotated guide*, London, New York, Hong Kong, 1996, p. 175 ss.

145 Le norme suppletive fanno parte del *genus* delle norme relative e devono intendersi come le norme “che provvedono a colmare le *lacune* lasciate dalle parti nella disciplina da loro stesse dettata”, mentre quelle dispositive, anche esse parte del *genus* norme relative, “entrano in applicazione soltanto nell'ipotesi in cui *manchi* una disciplina delle parti”. Le due norme possono distinguersi per “una diversità di grado”, in quanto la norma suppletiva

all'intero procedimento e riceva gli stessi documenti ed elementi probatori che vengono assunti dagli altri arbitri.

I provvedimenti ordinatori e decisori vengono pronunciati dai *party-appointed arbitrators*, salvo che non intervenga un *disagreement* in relazione a una delle questioni inerenti l'arbitrato. In tal caso, essi sono tenuti a darne immediata comunicazione scritta alle parti e all'*umpire*, il quale risulta da questo momento investito del giudizio arbitrale come arbitro unico. Se gli arbitri non adempiono tale dovere, ciascuna delle parti può, con notifica alle altre parti e agli arbitri, chiedere alla Corte¹⁴⁶ che ordini all'*umpire* di sostituire quest'ultimo¹⁴⁷.

Sebbene l'*umpire* debba ricevere gli stessi documenti e materiali che ricevono i *party-appointed arbitrators* e partecipare al procedimento arbitrale insieme a questi ultimi, egli non ha alcun potere di decidere la controversia, in quanto è destinato ad assumerne la cognizione e la decisione solo nell'eventualità in cui i due arbitri nominati dalle parti incorrano in un disaccordo.

Tuttavia l'Act del 1996, scegliendo la strada dell'autonomia delle parti, non ha risolto i problemi concettuali posti dal ruolo dell'*umpire* ed il serio rischio che il principio di imparzialità dell'organo giudicante sia compromesso.

Infatti, da un lato, il principio di autonomia consente ancora oggi alle parti di prevedere un tribunale arbitrale caratterizzato dalla presenza di due arbitri

“integra una insufficienza”, mentre la norma dispositiva ripara una mancanza. Le norme dispositive e suppletive non si distinguono per la particolare efficacia, ma “in base alla composizione della fattispecie” che prevede tra gli altri elementi il fatto negativo della mancanza o dell'insufficienza dell'accordo delle parti. La fattispecie della norme dispositive risulta dalla combinazione di almeno due fatti: il fatto costitutivo del rapporto disciplinato ed il fatto negativo dell'assenza dell'accordo delle parti. La fattispecie della norma suppletiva risulta dal combinato di almeno tre fatti: il fatto costitutivo del rapporto disciplinato, l'accordo delle parti, e il fatto negativo dell'insufficienza dell'accordo, ossia dell'assenza dell'accordo su taluni punti della disciplina. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 88 s.

146 La Section 105 dell'Arbitration Act del 1996 contiene la definizione di “Court”: “*In this Act “the court” means the High Court or a county court subject to the following provisions. (2) The Lord Chancellor may by order make provision: (a) allocating proceedings under this Act to the High Court or to county courts; or (b) specifying proceedings under this Act which may be commenced or taken only in the High Court or in a county court. (3) The Lord Chancellor may by order make provision requiring proceedings of any specified description under this Act in relation to which a county court has jurisdiction to be commenced or taken in one or more specified county courts. (...)*”.

147 In tal senso la Section 21 (5) dell'Arbitration Act del 1996: “*If the arbitrators cannot agree but fail to give notice of that fact, or if any of them fails to join in the giving of notice, any party to the arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court which may order that the umpire shall replace the other arbitrators as the tribunal with power to make decisions, orders and awards as if he were sole arbitrator*”.

di parte, che nel caso di stallo della procedura provocato da un disaccordo, si trasformino in veri e propri difensori di parte e istruiscano la causa dinanzi al terzo arbitro di nuova nomina. In questo modo, almeno formalmente, si avalla la persistenza nei procedimenti arbitrali, del concetto del “*my arbitrator*”, ovvero di un arbitro-mandatario che curi gli interessi della parte che lo ha nominato, una volta cessato il suo incarico di organo giudicante¹⁴⁸. La legittimità di tale prassi è sostenuta dalla dottrina britannica sul presupposto che sia possibile distinguere nettamente i due ruoli, per cui sui *party-appointed arbitrators* graverebbe il *duty to act impartially* fino alla nomina dell'*umpire*. In seguito a tale momento la loro posizione cambia in qualcosa di diverso: dovranno comportarsi “*as advocate*”¹⁴⁹.

Dall'altro, l'Arbitration Act del 1996, nell'imporre che l'*umpire* partecipi all'intera procedura e che riceva la stessa documentazione fatta pervenire agli altri arbitri, ha eliminato le caratteristiche stesse della figura, che finisce con il somigliare sempre più a un *chairman*. L'unica differenza riscontrabile tra le due fattispecie è che l'*umpire* o non delibera affatto o, se delibera, lo fa da arbitro unico, mentre il *chairman* partecipa sempre alla deliberazione del lodo¹⁵⁰. Tale differenza è attenuata dalla Section 21, che trasforma l'*umpire* da arbitro virtuale, assente allo svolgimento della causa, in terzo partecipe, che riceve i documenti, presenza alle udienze, si forma un proprio convincimento circa i fatti di causa. Dunque, è inevitabile che lo stesso divenga fonte di consultazione e di riferimento per gli arbitri di parte. Il principio per cui “*the umpire could not become involved in any decision – making*”¹⁵¹ difficilmente sarà rispettato in un sistema in cui il terzo arbitro siede insieme ai componenti del collegio duale¹⁵².

148 In tal senso BERNSTEIN – TACKABERRY – MARRIOTT – WOOD, *Handbook of arbitration practice*, London, 1998, p. 205.

149 Tali argomentazioni sono state sostenute nel caso *MV Myron v. Tradax Export SA*, [1970], 1, Q.B. 527, 533 B; e in *W. Naumann v. Edward Nathan & Co. Ltd.*, [1930], 37 Lloyd's Report, 249, in cui l'arbitro di parte viene così definito: “*He is a negotiating advocate, endeavouring to do the best he can for his client*”. Tali tesi sono state, inoltre, condivise da SUTTON – GILL, *Russel on arbitration*, Sweet & Maxwell, 2003, p. 148.

150 Come è stato evidenziato da ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese: studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitrato in Inghilterra*, Torino, 2008, p. 259 ss.

151 Il principio che caratterizza il ruolo dell'*umpire* è stato enunciato nel caso *Potter v. Newman*, [1835] 4 Dowl, 504.

152 Le problematiche che solleva la figura dell'*umpire* non sono state risolte con l'introduzione della sec. 21 Arbitration Act 1996 come evidenziato dalla High Court of

Sembra, comunque, che, nella section 21 dell'Arbitration Act, il legislatore inglese del 1996 non abbia fatto altro che recepire l'evoluzione stessa del ruolo dell'*umpire*. Tale figura, molto diffusa per il passato, nella prassi è caduta in disuso¹⁵³, considerato che le parti che intendono sostenere le spese di un tribunale arbitrale tripartito provvedono alla nomina di un *chairman* nelle vesti di presidente dell'organo giudicante, e non invece di un *umpire*, il cui ruolo resta dai confini incerti.

Le parti possono accordarsi altresì per la nomina di un *chairman* e stabilirne le relative funzioni e poteri. Nel silenzio delle parti i poteri sono stabiliti dalla sec. 20 dell'Arbitration Act 1996, la quale stabilisce che *decisions, orders and awards* verranno assunti all'unanimità o maggioranza dei componenti del collegio arbitrale e che al punto di vista, *view*, del *chairman* non verrà attribuito maggior peso o valore di quello degli altri arbitri.

Laddove però non si riesca a raggiungere l'unanimità dei consensi o la maggioranza all'interno del tribunale arbitrale, il voto del *chairman* prevarrà, al fine di evitare una situazione di stallo, *deadlock*.

4.1 Strumenti per assicurare l'imparzialità arbitrale

Il legislatore inglese ha predisposto tre strumenti per tutelare e garantire effettivamente l'imparzialità dell'organo arbitrale: la *revocation* delle parti; la *resignation* dell'arbitro e il potere di *removal* riconosciuto alle corti statali.

Tali rimedi erano già conosciuti nell'Arbitration Act del 1950 seppur disciplinati in modo differente.

La *revocation* era disciplinata dalla sec. 1 come uno strumento attribuito alla

Justice nella sent. del 26 novembre 2008, *Van Der Giessen-De-Noord Shipbuilding Division B.V. v Imtech Marine & Offshore B.V.* (in *Riv. Arb.*, 2010, 2, p. 346 ss.), secondo cui la section per un verso, consentendo alle parti la facoltà di definire la partecipazione alla procedura arbitrale dell'*umpire* non solo nella convenzione arbitrale, ma anche in un atto successivo, garantisce all'autonomia negoziale un ampio ambito di applicazione, che potrebbe estendersi sino alla previsione di *arbitrator – advocates*. Tuttavia, la Corte considera preferibile la partecipazione dell'*umpire* alla procedura arbitrale *ab initio*, affinché presieda alle udienze e riceva la stessa documentazione inviata agli arbitri di parte, avvicinando tale figura a quella di un presidente del collegio arbitrale.

153 HARRIS – PLANTEROSE – TECKS, *The Arbitration Act 1996. A commentary*, ed. IV, Oxford, 2007, p. 113 ss., ove si pone in serio dubbio che la figura dell'*umpire* troverà una rilevante applicazione nella prassi, eccezion fatta per quelle ipotesi in cui la sua presenza sia prevista in clausole inserite in “*standard contract forms*”.

parte per rimuovere dallo svolgimento delle sue funzioni l'arbitro dalla stessa nominato. Quest'ultimo veniva distinto dal *removal*, considerato, invece, un potere delle corti statali di spogliare l'arbitro del suo ruolo in presenza di ingiustificato ritardo nell'inizio o nello svolgimento della procedura arbitrale, di una *misconduct* dell'arbitro o relativa alla procedura ovvero di una apparente o effettiva parzialità del giudice privato.

4.2 La *revocation* dell'arbitro

Nella sec. 23¹⁵⁴, l'Arbitration Act 1996 riconosce alle parti non solo il potere di revocare il giudice privato ma, altresì, di stabilire le circostanze in presenza delle quali sia possibile esercitare tale potere. L'autonomia negoziale e la volontà dei contendenti non caratterizza, dunque, solo lo svolgimento della procedura arbitrale, la formazione del tribunale e le modalità di nomina, ma si estende anche ai rimedi e agli strumenti di tutela dettati dal legislatore. Considerata la matrice negoziale dell'arbitrato e la volontarietà della nomina degli arbitri, si ritiene opportuno che le parti possano decidere liberamente non solo di scegliere un giudice privato, ma anche di stabilire quando, come e per quali ragioni revocarlo.

Se nulla è precisato nell'*arbitration agreement*, l'autorità dell'arbitro non potrà essere revocata se non per comune volontà delle parti o ad opera dell'istituzione arbitrale o di altro soggetto cui le parti hanno attribuito tale potere¹⁵⁵. In assenza di una concorde volontà delle parti, non sarà possibile esercitare tale potere, ma la parte interessata potrà solo richiedere al giudice statale il *removal* dell'arbitro, *ex sec. 24*.

154 La sec. 23 Arbitration Act 1996 stabilisce: "(1) The parties are free to agree in what circumstances the authority of an arbitrator may be revoked. (2) If or to the extent that there is no such agreement the following provisions apply. (3) The authority of an arbitrator may not be revoked except: (a) by the parties acting jointly, or (b) by an arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in that regard. (4) Revocation of the authority of an arbitrator by the parties acting jointly must be agreed in writing unless the parties also agree (whether or not in writing) to terminate the arbitration agreement. (5) Nothing in this section affects the power of the court: (a) to revoke an appointment under section 18 (powers exercisable in case of failure of appointment procedure), or (b) to remove an arbitrator on the grounds specified in section 24".

155 L'arbitration Act del 1950 prevedeva invece che la *revocation* dell'arbitro potesse avvenire ad opera della concorde volontà delle parti o, in assenza, solo con *leave of the High Court*. Cfr. HARRIS – R. PLANTEROSE – J. TECKS, *The Arbitration Act 1996. A commentary*, ed. IV, Oxford, 2007, p. 120.

Al fine di evitare che tale strumento venga utilizzato dalle parti con finalità dilatorie o scorrette, il legislatore inglese introduce un limite alla volontà delle parti, che non può in alcun modo derogare i poteri delle corti statali di revocare le nomine, per qualsiasi ragione, invalide, ai sensi della sec. 18, né di rimuovere l'arbitro, ai sensi della sec. 24.

L'istituto è uno strumento finalizzato a garantire alle parti una rapida rimozione dell'arbitro, quando circostanze lo rendano inadatto alla svolgimento dell'incarico secondo una valutazione comune ad entrambi i litiganti. Potrà essere utilizzato per revocare la nomina di un soggetto che non abbia le qualifiche pattuite dalle parti o di arbitro terzo che si mostri di parte.

4.3 Removal

Ai giudici statali è riconosciuto un limitato potere di rimuovere l'arbitro dal suo incarico su richiesta di una delle parti interessate. Lo strumento, benchè abbia molti elementi comuni all'istituto della riconsunzione, se ne distingue in quanto non è volto a tutelare in via esclusiva l'imparzialità del giudicante, bensì si configura come un generico rimedio a qualsiasi vizio del giudice privato.

La sec. 24¹⁵⁶ Arbitration Act 1996 prevede che ciascuna parte dell'*arbitration agreement* possa richiedere alla corte statale la rimozione dell'arbitro in presenza di uno dei motivi espressamente indicati mediante un'istanza notificata alla controparte ed ai componenti dell'organo arbitrale.

156 La norma prevede: "(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds—(a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality; (b) that he does not possess the qualifications required by the arbitration agreement; (c) that he is physically or mentally incapable of conducting the proceedings or there are justifiable doubts as to his capacity to do so; (d) that he has refused or failed—(i) properly to conduct the proceedings, or (ii) to use all reasonable despatch in conducting the proceedings or making an award, and that substantial injustice has been or will be caused to the applicant. (2) If there is an arbitral or other institution or person vested by the parties with power to remove an arbitrator, the court shall not exercise its power of removal unless satisfied that the applicant has first exhausted any available recourse to that institution or person. (3) The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award while an application to the court under this section is pending. (4) Where the court removes an arbitrator, it may make such order as it thinks fit with respect to his entitlement (if any) to fees or expenses, or the repayment of any fees or expenses already paid. (5) The arbitrator concerned is entitled to appear and be heard by the court before it makes any order under this section. (6) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.

Le ragioni in presenza delle quali legittimamente è possibile rimuovere l'arbitro dalle sue funzioni sono:

- la sussistenza di circostanze che possano dar luogo a dubbi giustificati sulla sua imparzialità;
- il mancato possesso delle qualifiche pattuite dalle parti nella convenzione arbitrale;
- l'incapacità o, comunque, la presenza di giustificati dubbi sulla capacità dell'arbitro fisica o mentale di condurre la procedura arbitrale;
- il rifiuto o l'inadempienza nella corretta e spedita conduzione della procedura arbitrale che abbia determinato una *substantial injustice* alla parte istante.

Mentre sui primi motivi di rimozione dell'arbitro si è detto nei paragrafi precedenti, qualche precisazione merita il *refusal or failure* da parte dell'arbitro.

Tale motivo di *removal* è generico e comprende molte circostanze nelle quali l'arbitro viola i propri doveri nei confronti delle parti. Tali violazioni devono però integrare una *substantial injustice* per potere determinare la rimozione dell'arbitro.

Il rifiuto dell'arbitro di compiere atti relativi alla procedura arbitrale deve essere opportunamente provato alla corte, se scritto mediante la produzione della relativa documentazione, se orale mediante l'esatta descrizione delle parole utilizzate dall'arbitro inadempiente¹⁵⁷.

La giurisprudenza ritiene che la temporanea assenza¹⁵⁸ dell'arbitro, che determina un ritardo nella procedura, non costituisce un *refusal*. Tuttavia costituisce valido motivo di *removal* il tentativo dell'arbitro di delegare i propri doveri individuando un'altra persona affinché svolga le proprie funzioni¹⁵⁹.

Dimostrare un *failure to act* dell'arbitro è anche più difficile. Il fallimento deve provocare seri effetti sulla conduzione o sull'esito della procedura

157 La corte dovrà considerare il punto di vista dell'arbitro e non potrà obbligarlo alla prosecuzione della procedura arbitrale contro la sua volontà. *Succula Ltd. And Pomona Shipping Co. Ltd v. Harland and Wolff Ltd*, 1980, 2 Lloyd's Rep. 381.

158 *Re Wilson & Son and Eastern Counties Navigation Co.*, 1892, 1 Q.B. 81.

159 *Neale v. Richardson*, 1938, 1 All E.R. 753.

arbitrale tanto da configurare una *substantial injustice*¹⁶⁰. Tale circostanza ricorre quando durante l'arbitrato non viene assicurato ad una delle parti il diritto di essere informato delle accuse a suo carico¹⁶¹, ma non anche per una mera “*lack of confidence in the tribunal*”¹⁶².

La giurisprudenza¹⁶³ ritiene che anche condurre la procedura arbitrale senza la ragionevole¹⁶⁴ speditezza (*reasonable despatch*) o impiegare un tempo irragionevole per la redazione del lodo possono costituire legittima causa di *removal* dell'arbitro, in quanto integrano pur sempre un'ipotesi di *failure o refusal to act*.

Il procedimento di *removal* presenta i seguenti caratteri:

A) Momento finale

L'arbitration Act non introduce un termine finale entro il quale la parte interessata deve a pena decadenza far pervenire l'istanza di rimozione alle corti. La dottrina e la giurisprudenza¹⁶⁵ considerano ammissibili sia le istanze pervenute durante il corso della procedura arbitrale che quelle successive alla pronuncia del lodo ed alla sua impugnazione.

B) Effetti della proposizione dell'istanza sul procedimento arbitrale

La proposizione dell'istanza di rimozione non determina la sospensione della procedura arbitrale, che continuerà il suo ordinario corso durante l'accertamento della corte sulla sua fondatezza. Gli arbitri potranno, dunque, anche emettere il lodo definitivo, che potrà essere impugnato ai sensi della sec. 68, secondo comma, lett a.

160 La rimozione dell'arbitro per tali ragioni dovrebbe essere pronunciata solo “*if the conduct of the arbitrator concerned is so unreasonable that justice demands that the arbitration should be temporarily halted or permanently brought to an end and no other method of doing so is available to the court*” come precisato da SUTTON – KENDALL GILL, *Russel on Arbitration*, op. cit. p. 359 – 360.

161 *Damond Lock Grabowski v. Laing Investments (Bracknell) Ltd*, 60 Build. L.R. 112.

162 *Hagop Ardahalian v. Unifort International S.A. (“The Elissar”)*, 1984, 2 Lloyd's Rep. 84.

163 *Succula Ltd. And Pomona Shipping Co. Ltd v. Harland and Wolff Ltd*, 1980, 2 Lloyd's Rep. 381.

164 La ragionevolezza del tempo impiegato dagli arbitri nello svolgimento della procedura arbitrale o nella emissione del lodo deve essere valutata in concreto, con riferimento a tutte le circostanze concrete. Pertanto dovrebbe essere più veloce la risoluzione di una controversia basata esclusivamente su prove documentali, più lunga una in cui vi sono testimonianze da assumere. Cfr. SUTTON – KENDALL – GILL, *Russel on Arbitration*, op. cit. p. 357 ss.

165 MERKIN, *Arbitration Act 1996*, op. cit., p. 62 ss.

C) Procedimento di rimozione

La richiesta di *removal* deve essere preceduta dall'esperimento di tutti gli eventuali strumenti di tutela offerti dalle istituzioni arbitrali, notificata sia alle parti che agli arbitri e provata sufficientemente dalla parte istante.

Prima di emettere qualsiasi provvedimento la corte potrà sentire l'arbitro, non solo al fine di consentire al giudice statale di assumere informazioni e conoscere tutte le circostanze rilevanti per rimuovere o meno l'arbitro, ma anche per garantire all'arbitro l'esercizio del diritto di difesa e realizzare un effettivo contraddittorio.

D) Ricostituzione dell'organo arbitrale

Le conseguenze della cessazione dell'incarico arbitrale, *ceases to hold office*, sia essa provocata dalla morte, perdita di capacità, dimissioni, revoca o anche rimozione dell'arbitro sono disciplinate dalla sec 27. La norma prevede che le parti sono libere di stabilire le modalità di ricostituzione dell'organo giudicante, se fare salvi gli atti emessi dall'arbitro rimosso e se e in quale misura *previous proceedings should stand*.

In assenza di una determinazione delle parti, la sec. 27 Arbitration Act 1996: prevede che la formazione del nuovo organo arbitrale debba avvenire con le stesse modalità previste per l'originaria nomina, rinviando dunque alle sec. 16 (*procedure for appointment of arbitrators*) e 18 (*failure of appointment procedure*); riconosce al nuovo organo giudicante il potere di stabilire quali atti precedentemente emessi mantengano validità; considera legittimi gli *appointments* emessi dall'arbitro rimosso.

E) Decisione sull'istanza

La corte investita dell'istanza di *removal* può emettere diverse tipologie di ordini: rigettare l'istanza; rimuovere l'arbitro in questione; stabilire l'ammontare di eventuali parcelle e spese relative alla rimozione dell'arbitro; ordinare all'arbitro rimosso di restituire quanto già pagato.

4.4 La *resignation* dell'arbitro

L'Arbitration Act 1996 non disciplina in modo esaustivo l'istituto della

resignation arbitrale ma si limita a precisare i poteri dell'arbitro dimissionario e delle parti nella sec. 25¹⁶⁶.

Alle parti è riconosciuta la libertà di determinare con l'arbitro le conseguenze delle eventuali dimissioni in relazione al diritto al compenso, al rimborso delle spese ed alle responsabilità in cui sia incorso. L'accordo tra le parti e l'arbitro può essere raggiunto sia prima, che dopo la *resignation*.

Laddove non sia intervenuto alcun accordo, l'arbitro può chiedere che sia la corte statale a determinare gli effetti delle dimissioni, il pagamento dell'onorario ed il rimborso delle spese sostenute.

La corte dovrà decidere sulle istanze verificando se, valutate tutte le circostanze concrete, la decisione dell'arbitro di dimettersi fosse ragionevole.

La ragionevolezza deve essere valutata alla luce del *general duty* di cui alla sec. 33 Arbitration Act 1996, che impone all'arbitro di essere ed apparire imparziale, di agire in modo corretto nei confronti delle parti, di assicurare il rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa.

In tutti casi in cui la volontà delle parti espressa nell'*arbitration agreement* o circostanze successive all'accettazione dell'incarico costringerebbero l'arbitro alla violazione di tali doveri, la *resignation* deve essere considerata ragionevole, in quanto è l'unico strumento riconosciuto all'arbitro per evitare di incorrere in responsabilità¹⁶⁷. In caso contrario l'arbitro, non potendo rifiutarsi di portare a termine il proprio incarico, sarebbe costretto in modo incolpevole a violare i doveri imposti dalla sec. 33.

Avverso le decisioni emesse dalla corte le parti possono proporre un appello, ma solo previo permesso della corte stessa¹⁶⁸. In assenza del *leave*

166 La disposizione stabilisce che: "(1) *The parties are free to agree with an arbitrator as to the consequences of his resignation as regards— (a) his entitlement (if any) to fees or expenses, and (b) any liability thereby incurred by him. (2) If or to the extent that there is no such agreement the following provisions apply. (3) An arbitrator who resigns his appointment may (upon notice to the parties) apply to the court— (a) to grant him relief from any liability thereby incurred by him, and (b) to make such order as it thinks fit with respect to his entitlement (if any) to fees or expenses or the repayment of any fees or expenses already paid. (4) If the court is satisfied that in all the circumstances it was reasonable for the arbitrator to resign, it may grant such relief as is mentioned in subsection (3)(a) on such terms as it thinks fit. (5) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section*".

167 Cfr. SUTTON – KENDALL – GILL, *Russel on Arbitration*, op. cit. p. 171 ss.; MELIS, *The Immunity of Arbitrators*, ed. Lew, London, 1990 per un esame approfondito sul tema.

168 Come disposto dal comma quinto della section 25 Arbitration Act 1996 secondo cui: "*The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section*".

all'appello, la *Court of appeal*¹⁶⁹ non ha giurisdizione in materia e non potrà, dunque, procedere all'esame dell'istanza. La corte d'appello, tuttavia, ha, recentemente¹⁷⁰, affermato l'esistenza di una *residual jurisdiction* per riesaminare in appello *the misconduct* o *unfairness* della decisione del giudice di prima istanza avente ad oggetto il rifiuto o il riconoscimento del *leave to appeal*.

5.1 L'impugnazione del lodo per seria irregolarità

Il principio dell'autonomia del processo arbitrale rispetto all'autorità giurisdizionale ha caratterizzato l'intera disciplina dei rimedi esperibili avverso un lodo arbitrale e in particolare anche l'impugnazione per seria irregolarità, ai sensi della Section 68.

Prima della recente riforma, il ruolo di controllo sull'arbitrato esercitato dalle corti superiori era molto rigoroso e presente in ogni fase del procedimento arbitrale, ciò finiva per vanificare lo scopo primario dello strumento arbitrale, ossia quello di sottrarre la cognizione delle controversie alla giurisdizione ordinaria.

La c.d. *supervisory jurisdiction* delle corti inglesi trovava la sua massima estensione nell'istituto della *stated case procedure* prevista dall'Arbitration Act del 1950. La section 21 della suddetta legge disponeva che, qualora una questione di diritto fosse intervenuta nel corso della procedura arbitrale ovvero in seguito alla pronuncia del lodo, ciascuno dei contendenti aveva la facoltà di chiedere all'arbitro che questa fosse decisa dalla High Court. L'arbitro poteva rifiutarsi di rimettere la decisione sulla questione di diritto alla Corte, ma in tal caso doveva concedere un termine alle parti entro il quale rivolgersi alla High Court¹⁷¹.

169 *Athletic Union of Constantinople v. National Basketball Association and Ors*, 2002, 1 Lloyd's Rep. 305; *Cetelem SA v. Roust Holdings Ltd*, 2005, 2 Lloyd's Rep. 494.

170 *CGU International Insurance plc and Ors v. Astrazeneca Insurance Co Ltd*, 2007, 1 Lloyd's Rep. 142; *North Range Shipping Ltd v. Seatrans Shipping Corporation*, 2002, 1 WLR 2397.

171 Il sistema era però congegnato in modo tale che l'arbitro difficilmente arrivava a rigettare l'istanza di *special case*. Infatti, per un verso il diritto delle parti di ricorrere a tale procedura era considerato di ordine pubblico e non poteva essere convenzionalmente escluso dalle parti. Per altro verso, qualsiasi questione di diritto poteva formare oggetto di uno *special case*, con la conseguenza che lo strumento finiva con l'essere utilizzato anche solo allo scopo di ritardare il corso dell'arbitrato o l'esecuzione del lodo. Per effetto di tale

L'esigenza di restringere i poteri di intervento del giudice ordinario sul lodo al fine di garantirne la stabilità è stata recepita nell'Arbitration Act del 1996¹⁷².

In particolare, l'Act del 1996 nella section 68 consente ai litiganti di impugnare un lodo dinanzi al giudice ordinario, nei soli casi di serie irregolarità¹⁷³ ed elenca in modo tassativo le irregolarità procedurali che possono definirsi gravi. Tale rimedio è comunque subordinato al previo esaurimento delle procedure di correzione del lodo e alla consumazione dei mezzi arbitrali di *review* o di appello eventualmente previsti nella convenzione arbitrale¹⁷⁴.

L'intervento del giudice ordinario risulta ulteriormente ridotto dall'ulteriore requisito, previsto dalla section 68, per cui la grave irregolarità deve aver generato una “sostanziale situazione di ingiustizia”¹⁷⁵. La tutela così

procedura, i lodi su questioni di diritto non potevano mai essere definitivi, poiché in virtù della giurisdizione di supervisione, tali questioni potevano sempre essere riesaminate dalle corti britanniche. Cfr. SCHMITTHOFF, *The Supervisory Jurisdiction of the English Courts*, in *International Arbitration liber amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, p. 289 ss.; BRUNELLI, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, 2, p. 351; SANDERS, *Should England maintain the court control by means of the special case stated?*, in *Rass. arbitrato*, 1964, p. 1ss.

172 Prima del 1996, il lodo arbitrale era soggetto a due forme di impugnazione: l'Arbitration Act 1950 prevedeva nella sec. 22 la possibilità che il lodo venisse rinviato all'arbitro o revocato o dichiarato inefficace per difetto di giurisdizione o per irregolarità sostanziale; l'Arbitration Act 1979 consentiva l'appello per errore di diritto. La vigente legge arbitrale disciplina nella sec. 67 le impugnazioni sulla competenza del tribunale arbitrale, nella sec. 68 le impugnazioni per irregolarità e nella sec. 69 l'appello per errore di diritto. Per quanto riguarda quest'ultima forma di impugnazione, è considerato diritto qualunque questione sull'ambito o l'interpretazione del contratto, mentre è di fatto, e dunque non può mai essere dedotto, ogni questione sull'esecuzione dello stesso e l'adempimento delle obbligazioni delle parti (*Moran v. Lloyd's*, 1983, 1 Lloyd's Rep. 472; *Geogas SA v. Trammo Gas Ltd.*, 1993, 1 Lloyd's Rep. 215). La sec. 69 consente il ricorso all'appello solo con il consenso di tutte le parti oppure ove la corte abbia dato apposito permesso, nelle ipotesi individuate dal comma terzo della stessa section. Cfr. CRIFÒ, *La impugnazione del lodo nell'Arbitration Act inglese del 1996*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 127 ss.

173 Il concetto di “*serious irregularity*” è stato introdotto dall'Arbitration Act del 1996 per sostituire l'espressione “*misconduct*”, prevista dalla sec. 23 dell'Arbitration Act 1950 e considerata eccessivamente generica in quanto comprensiva di qualsiasi errore o omissione procedurale commessa dal tribunale nella conduzione dell'arbitrato. Cfr. ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese: studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitrato in Inghilterra*, Torino, 2008.

174 Così è espressamente disposto nella Section 70 dell'Arbitration Act del 1996.

175 In molti precedenti una sostanziale ingiustizia è stata ravvisata nel diniego di una *fair hearing*. Nella sent. *Checkpoint Ltd v. Strathclyde Pension Fund*, 2003, 14 EG 214, la Corte d'Appello ha ritenuto che la corte non può di sua iniziativa fare una stima del canone d'affitto e procedere ad una comparazione con l'importo pattuito. “*It is the denial of a fair hearing, to summarise procedural irregularity, which must be shown to have caused a substantial injustice. A technical irregularity may not. The failure to deal with a substantial issue probably will*”. Tale orientamento è stato condiviso anche nei casi *Warborough Investments Ltd v. S. Robinson & Son (Holdings) Ltd*, 2004, 2 P & CR 6; *Cameroon Airlines v. Transnet Ltd*, 2004, EWHC 1829. Non mancano sentenze in cui le corti inglesi hanno ritenuto sufficiente ad integrare una sostanziale ingiustizia delle mere irregolarità

riconosciuta alle parti deve essere considerata come rimedio applicabile dal giudice ordinario solo in casi assolutamente eccezionali, in cui “quanto accaduto diparte in misura grave da ciò che ragionevolmente si attende da un processo arbitrale”¹⁷⁶.

Dunque, la parte interessata, che non sia decaduta dal relativo potere¹⁷⁷, può impugnare il lodo notificando l'istanza alle altre parti e agli arbitri laddove sussista un seria irregolarità avente ad oggetto il tribunale arbitrale, la procedura o il lodo.

Con la riforma del 1996 si unisce alla generica locuzione *serious irregularity* un'elencazione tassativa di ipotesi e circostanze che la determinano.

Pertanto costituiscono una seria irregolarità:

a) La violazione di uno dei doveri previsti dalla sec. 33, Arbitration Act 1996, ovvero del *general duty of tribunal*

Il tribunale arbitrale è tenuto ad agire *fairly and impartially* nei confronti delle parti, assicurando a ciascuna di esse il diritto di difesa, e ad adottare le procedure più adatte alle circostanze concrete evitando i ritardi e le spese non necessarie. Nel *general duty* sono compresi non solo il dovere di rispettare il principio del contraddittorio ma anche l'obbligo dell'arbitro di

procedurali, ove queste abbiano portato l'arbitro ad assumere decisioni sfavorevoli al richiedente. *Vee Networks v. Econet Wireless International Ltd*, 2005, 1 Lloyd's Rep. 192; *BTC Bulk Transport Corporation v. Glencore International AG*, 2006, EWHC 1957.

176 In tal senso si esprime il Departmental Advisory Committee nel DAC's Report on Arbitration Bill, in B. HARRIS – R. PLANTEROSE – J. TECKS, *The Arbitration Act 1996. A commentary*, ed. IV, Oxford. Il principio è stato condiviso anche dalle corti britanniche, in particolare nel caso *Conder Structures v. Kvaerner*, [1999] ADRLJ 305, in cui si è precisato che “ (...) a challenge on the ground of serious irregularity is only intended to be available in cases where the arbitral procedure has so far departed from what might reasonably have been expected as to justify the corrective intervention of the court”.

177 La decadenza dal potere di impugnazione del lodo arbitrale è disciplinata dalla sec. 73, e precisamente comma primo lett. d, Arbitration Act 1996 che stabilisce:“(1)If a party to arbitral proceedings takes part, or continues to take part, in the proceedings without making, either forthwith or within such time as is allowed by the arbitration agreement or the tribunal or by any provision of this Part, any objection: (a)that the tribunal lacks substantive jurisdiction, (b)that the proceedings have been improperly conducted, (c)that there has been a failure to comply with the arbitration agreement or with any provision of this Part, or (d)that there has been any other irregularity affecting the tribunal or the proceedings, he may not raise that objection later, before the tribunal or the court, unless he shows that, at the time he took part or continued to take part in the proceedings, he did not know and could not with reasonable diligence have discovered the grounds for the objection. (2)Where the arbitral tribunal rules that it has substantive jurisdiction and a party to arbitral proceedings who could have questioned that ruling: (a)by any available arbitral process of appeal or review, or (b)by challenging the award, does not do so, or does not do so within the time allowed by the arbitration agreement or any provision of this Part, he may not object later to the tribunal's substantive jurisdiction on any ground which was the subject of that ruling.”

essere ed apparire imparziale. La presenza di un'*actual* o di una *potential bias* potrebbe essere, dunque, valido motivo di impugnazione del lodo arbitrale per seria irregolarità.

Una violazione del dovere di comportarsi correttamente viene ravvisata anche nella delega dell'arbitro dei suoi poteri decisorio ad un terzo soggetto¹⁷⁸ o il sentire la relazione di un esperto senza convocare le parti¹⁷⁹.

b) l'eccesso di potere ad opera del tribunale, e) delle istituzioni arbitrali o delle persone investite dalle parti di poteri relativi alla procedura arbitrale

L'eccesso di potere è motivo di impugnazione del lodo sia laddove venga compiuto dal tribunale arbitrale, che quando a metterlo in pratica siano le istituzioni arbitrali o le persone investite dalle parti di poteri all'interno della procedura arbitrale. Tale vizio si realizza quando l'organo arbitrale viola le disposizioni convenute dalle parti, come nominare un esperto, chiedere una consulenza tecnica in assenza dell'accordo dei litiganti¹⁸⁰. L'istituzione arbitrale commette, invece, un eccesso di potere ad esempio nominando un collegio formato da tre componenti, laddove la convenzione prevedeva la designazione di un solo arbitro.

c) la violazione delle norme procedurali stabilite dalle parti

Alle parti è attribuito il potere di stabilire le modalità della procedura arbitrale la cui violazione può legittimare l'impugnazione del lodo.

d) *Failure to deal with all the issues*

Il tribunale arbitrale è tenuto ad affrontare tutte le domande che sono proposte dalle parti. L'incapacità di affrontare tutte le questioni sottoposte alla sua decisione costituisce un vizio del lodo¹⁸¹. L'inadeguatezza delle prove che impedisca all'arbitro di operare e valutare correttamente circostanze di fatto non può costituire un'irregolarità¹⁸².

f) incertezza o ambiguità dell'effetto del lodo

Un lodo può essere annullato quando è ambiguo o quando i suoi effetti sono

178 *Brandeis Brokers Ltd v. Black and Ors*, 2001, 2 Lloyd's Rep. 359.

179 *Hussmann (Europe) Ltd v. Al Ameen Development & Trade Co and Ors*, 2000, 2 Lloyd's Rep. 83.

180 *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo Spa*, 2005, 2 Lloyd's Rep. 310

181 Nella sent. *Margulead Ltd v. Exide Technologies*, 2005, 1 Lloyd's Rep. 324, la corte evidenzia la differenza tra non affrontare ogni *argument* e non disporre su ogni *issue*, che include una specifica domanda o difesa, e considera che solo la seconda violazione costituisce una seria irregolarità.

182 *Montedipe S.p.a. and Another v. JTP – RO Jugotanker (The "Jordan Nicolov")*, 1990, 2 Lloyd's Rep. 11.

incerti.

g) emissione dell'*award* con frode ovvero la contrarietà dello stesso all'ordine pubblico

Tale irregolarità sussiste quando il lodo è stato emesso con frode¹⁸³ o produce effetti contrastanti con l'ordine pubblico. Il riferimento al *public policy* in questa sezione riguarda la scoperta di circostanze che non integrano una vera e propria frode, ma sono allo stesso modo offensive, come la corruzione del tribunale. La condotta vessatoria di una delle parti se contribuisce alla emanazione di un lodo favorevole alla stessa costituisce violazione dell'ordine pubblico¹⁸⁴.

h) violazione delle disposizioni relative alla forma del lodo

L'*arbitration act 1996*¹⁸⁵ stabilisce che le parti sono libere di accordarsi sulla forma del lodo, ma in assenza di accordo che l'*award* deve essere redatto in forma scritta, sottoscritto da tutti gli arbitri o da coloro i quali hanno votato a favore della risoluzione della controversia, contenere l'indicazione della data e del luogo ove il lodo è stato redatto e le motivazioni della risoluzione della controversia o la relativa dispensa delle parti.

i) ogni irregolarità nella conduzione della procedura o nel lodo riconosciuta dal tribunale, istituzione arbitrale o persona dotata di poteri nell'arbitrato.

La fondatezza e la tipologia di seria irregolarità influenzano anche il tipo di decisione della corte, che può: disporre la remissione del lodo al tribunale arbitrale, l'annullamento totale o parziale della decisione o la sua inefficacia.

Allo strumento della c.d. *remission*, le corti britanniche ricorrono laddove il lodo sia censurabile sotto il profilo rilevato dalle parti, ma non in maniera tale da necessitare di un provvedimento di completo annullamento. La rimessione avviene a favore dell'arbitro o del collegio arbitrale che ha pronunciato il lodo impugnato, in quanto "*the essence of the power is*

183 Le corti inglesi ritengono sussistente la frode nel caso, ad esempio, di produzione di prove false: *Thyssen Canada Ltd v. Marianna Maritime SA (The 'Mariana')*, 2005, 1 Lloyd's Rep. 640.

184 *Cuflet Chartering v. Carousel Shipping Co Ltd (The 'Marie H')*, 2001, 1 Lloyd's Rep. 707; *Profilati Italia S.r.L. v. PaineWebber Inc*, 2001, 1 Lloyd's Rep. 715.

185 La sec. 52 *Arbitration act 1996* prevede che: "(1) *The parties are free to agree on the form of an award. (2) If or to the extent that there is no such agreement, the following provisions apply. (3) The award shall be in writing signed by all the arbitrators or all those assenting to the award. (4) The award shall contain the reasons for the award unless it is an agreed award or the parties have agreed to dispense with reasons. (5) The award shall state the seat of the arbitration and the date when the award is made*".

reconsideration and not a fresh consideration by a new arbitrator”¹⁸⁶. In tale ipotesi viene concessa all'organo arbitrale una vera e propria “seconda possibilità”¹⁸⁷: il tribunale arbitrale, pertanto, dovrà provvedere ad una riconsiderazione della questione secondo le direttive contenute nel provvedimento giudiziale, e comunque nel termine di tre mesi o nel diverso termine indicato dalla stessa autorità giudiziaria¹⁸⁸.

Tale procedura, nel consentire la trasformazione di un giudizio di impugnazione in un procedimento di correzione od integrazione da parte dello stesso collegio arbitrale, dimostra il *favor* e la fiducia riconosciuta dall'ordinamento inglese all'arbitrato, quale strumento alternativo e definitivo di risoluzione delle controversie¹⁸⁹.

Il giudizio di impugnazione del lodo può, altresì, concludersi con un provvedimento di *setting aside*. L'ordine di annullamento ha un'efficacia retroattiva e priva il lodo di ogni effetto legale che di fatto, pertanto, dovrà ritenersi *tamquam non esset*¹⁹⁰.

A differenza della previgente normativa, il provvedimento di annullamento non deve, però, necessariamente avere ad oggetto l'intera sentenza arbitrale, ma può anche limitare la propria indagine a quelle parti che ritiene viziate, lasciando immutata la validità e l'efficacia delle restanti.

In questo modo, la novella ha trasformato l'intervento del giudice ordinario da un controllo rigoroso e pregnante sullo strumento arbitrale, ad un vero e proprio supporto per l'arbitrato, affinché lo stesso mantenga “*its good*

186 RHIDIAN THOMAS, *The law and practice relating to appeals from arbitration awards: a thematic analysis of the arbitration act 1979*, London, 1994, p. 215 ss.

187 MARINUCCI, *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 1334.

188 Section 71 dell'Arbitration Act del 1996.

189 Qualora la rimessione abbia ad oggetto solo alcune delle questioni sollevate dinanzi agli arbitri, questi ultimi, anche se sono chiamati ad emettere un “*fresh award*” che copra l'intera materia del contendere, non possono modificare la decisione sui punti lasciati intatti dalla Corte e dovranno limitarsi a ripetere quanto già statuito inizialmente.

190 Dubbi sono stati sollevati in dottrina circa l'efficacia ablativa del provvedimento di *setting aside*. In particolare, talvolta, si è sostenuto che il provvedimento di annullamento determina un regresso dell'arbitrato allo stadio immediatamente precedente alla pronuncia del lodo, sul presupposto che l'arbitro originario rimane comunque investito del potere giurisdizionale sulla causa; talaltra si è affermato che il provvedimento colpisce l'intero procedimento arbitrale, con la conseguenza che la controversia ricadrebbe nella giurisdizione delle Corti statali, con limitazione della volontà dei compromittenti; ancora si è osservato che l'annullamento non solo colpisce il lodo, ma anche il potere decisorio degli arbitri, i quali saranno in tal modo spogliati della loro investitura, così da rendere necessaria una nuova convenzione ed un nuovo procedimento arbitrale. Nel silenzio della legge sul tema, la dottrina quasi unanime sembra escludere la persistenza del patto arbitrale solo laddove il vizio censurato vi inerisca, in caso contrario la convenzione arbitrale rimane efficace e valida tra le parti. MUSTILL – BOYD, *Commercial Arbitration*, cit., p. 565 ss.

reputation”¹⁹¹.

Ulteriore manifestazione del *favor* riconosciuto nell'Act del 1996 per l'autonomia dell'arbitrato e la stabilità dell'*award*, si riscontra nella previsione per cui il potere di annullare in tutto o in parte un lodo deve essere usato con moderazione dalle corti britanniche. Tale rimedio non può essere utilizzato solo perché il tribunale arbitrale è incorso in un errore di fatto o di diritto, o perché gli arbitri non hanno affrontato tutte le questioni giuridiche sollevate dai contendenti, ma solo laddove il tribunale arbitrale abbia tenuto una condotta “*unfair*” tale da causare una “*substantial injustice*”, che non renda sufficiente la mera rimessione del lodo allo stesso organo arbitrale per una riconsiderazione.

La parte che intende impugnare il lodo emesso per seria irregolarità deve notificare la relativa alle altre parti e al tribunale nel termine di 28 giorni dalla data dell'emissione dell'*award*¹⁹². La scadenza del termine determina la perdita del diritto di impugnare il lodo. Tale effetto è previsto dalla legge inglese anche laddove la parte, che ritenga il lodo viziato, prenda parte o continui a partecipare alla procedura arbitrale¹⁹³.

191 “*The court's power is essentially designed to be supportive of arbitration in the sense maintaining its good reputation by being available to rectify glaring and indefensible irregularities that would occasion injustice*”, in tal senso si è espressa la giurisprudenza inglese nel caso *Indian Oil Corporation v. Coastal (Bermuda) Ltd*, [1990] 2 Lloyd's Report 407.

192 Questo *time limit* è prescritto dalla sec. 70 Arbitration Act 1996, applicabile ai rimedi di cui alle sec. 67,68, o 69, che nel terzo comma prevede: “*Any application or appeal must be brought within 28 days of the date of the award or, if there has been any arbitral process of appeal or review, of the date when the applicant or appellant was notified of the result of that process*”.

193 La disposizione intima ad una particolare autoresponsabilità delle parti che sono tenute a manifestare eventuali irregolarità e non silenziosamente continuare a partecipare alla procedura arbitrale ed è contenuta nella sec. 73 Arbitration Act 1996, ai sensi della quale: “(1) *If a party to arbitral proceedings takes part, or continues to take part, in the proceedings without making, either forthwith or within such time as is allowed by the arbitration agreement or the tribunal or by any provision of this Part, any objection— (a) that the tribunal lacks substantive jurisdiction, (b) that the proceedings have been improperly conducted, (c) that there has been a failure to comply with the arbitration agreement or with any provision of this Part, or (d) that there has been any other irregularity affecting the tribunal or the proceedings, he may not raise that objection later, before the tribunal or the court, unless he shows that, at the time he took part or continued to take part in the proceedings, he did not know and could not with reasonable diligence have discovered the grounds for the objection. (2) Where the arbitral tribunal rules that it has substantive jurisdiction and a party to arbitral proceedings who could have questioned that ruling— (a) by any available arbitral process of appeal or review, or (b) by challenging the award, does not do so, or does not do so within the time allowed by the arbitration agreement or any provision of this Part, he may not object later to the tribunal's substantive jurisdiction on any ground which was the subject of that ruling*”.

5.2 L'impugnazione del lodo emesso dall'arbitro parziale

La parzialità dell'organo arbitrale può configurare una sostanziale ingiustizia e dar luogo ad impugnazione del relativo lodo, ai sensi della sec. 68 Arbitration Act 1996.

Le corti inglesi ritengono, infatti, che il diritto delle parti di essere giudicate da un tribunale terzo e imparziale è essenziale e non può essere escluso o limitato per la sola scelta volontaria di rivolgersi ad un giudice privato e non statale. Nulla configura una seria o sostanziale ingiustizia più che la presenza di un tribunale che non sia effettivamente e apparentemente imparziale.

Alcune difficoltà si riscontrano nell'individuare in quale dei motivi previsti nella lista chiusa della sec. 68 rientri la parzialità dell'organo giudicante.

In molti precedenti la parzialità viene ricondotta al *breach of general duty*, di cui alla sec. 68, comma secondo lett. a. Il *general duty*, disciplinato dalla s. 33 Act del 1996, obbliga gli arbitri ad agire in modo corretto e imparziale nei confronti delle parti. La violazione di tali doveri vizia il lodo emesso dall'arbitro parziale che potrà essere impugnato per seria irregolarità.

Tuttavia parte della dottrina ritiene che la violazione del dovere di imparzialità dell'organo giudicante determini una violazione dell'ordine pubblico.

In entrambi i casi resta dubbio quale sia il criterio da utilizzare per sindacare la parzialità dell'organo giudicante ai sensi della sec. 68 Arbitration Act.

Secondo un orientamento giurisprudenziale¹⁹⁴ si dovrebbero applicare gli stessi standards elaborati per valutare la fondatezza dell'istanza di rimozione dell'arbitro *ex sec. 24*, Arbitration Act 1996.

Per l'annullamento del lodo sarebbe sufficiente dimostrare la sussistenza di ragionevoli dubbi sull'imparzialità dell'arbitro. Se un osservatore indipendente e correttamente informato dovesse rilevare l'esistenza di una reale possibilità di parzialità allora si sarà in presenza di una *serious irregularity* che ha causato una sostanziale ingiustizia nei confronti della parte istante. Pertanto si ammette il ricorso al rimedio di cui alla sec. 68 Arbitration Act 1996 non solo per far valere la concreta, ma anche

194 *ASM Shipping Ltd of India v. TTMI Ltd of England*, 2006, 1 Lloyd's Rep. 375; *Rustal Trading Ltd v. Gill & Diffus SA*, 2000, 1 Lloyd's Rep. 14.

l'apparente parzialità del giudicante¹⁹⁵, anche considerata la difficoltà di provare una *unconscious bias*¹⁹⁶.

Secondo un diverso orientamento¹⁹⁷ non vi sarebbe coincidenza tra i criteri previsti per la rimozione dell'arbitro parziale e quelli per l'annullamento del lodo emesso dal giudice parziale. Per poter annullare il lodo è necessario fornire una prova più solida e tangibile rispetto a quella necessaria per il mero *removal* dell'arbitro. Per invocare la sec. 68 sarebbe necessario un vero e proprio pregiudizio da parte del tribunale arbitrale e non sufficiente il mero timore di un possibile pregiudizio. Questa lettura è conforme alla considerazione dell'impugnazione per seria irregolarità come un rimedio straordinario al quale ricorrere solo in ipotesi eccezionali ed estreme¹⁹⁸.

Proposta l'istanza di impugnazione e provati i requisiti della seria irregolarità e sostanziale ingiustizia, la corte dovrà decidere quale rimedio sia opportuno per il caso concreto.

La remissione del lodo al tribunale arbitrale non potrebbe essere disposta dalla corte quando l'irregolarità è determinata dalla parzialità dell'arbitro. In tale circostanza il giudice considererà inappropriata la *remission* e potrà optare per una delle altre soluzioni ovvero l'annullamento del lodo, se possibile, parziale o, in via residuale, totale.

6.1 Informazione personale dell'arbitro

Una delle questioni di più complessa soluzione affrontata dalla giurisprudenza inglese consiste nell'utilizzo da parte del giudice privato delle sue informazioni personali. La matrice contrattuale e la provenienza della nomina del giudice direttamente dalle parti rende complessa la

195 *ASM Shipping Ltd v. TTMI Ltd*, 2006, 1 Lloyd's Rep. 375 ove in particolare si precisa che ove un osservatore indipendente correttamente informato ravvisa una reale possibilità di parzialità sussiste altresì un caso di "grave irregolarità" che ha causato una grave ingiustizia verso il richiedente; *Groundshire v. VHE Construction*, 2001, 1 Lloyd's Rep. 395.

196 *Norbrook Laboratories Ltd v. A. Tank and Anor*, 2006, 2 Lloyd's Rep. 485.

197 *Hussman (Europe) Ltd v. Pharaon*, 2002, C.L.C. 1030. L'impostazione è stata accolta anche dalla Corte d'Appello investita del ricorso contro la sentenza del caso *ASM Shipping Ltd of India v. TTMI Ltd of England*, cit.

198 Come chiarito nel *DAC's Report on Arbitration Bill* al paragrafo 280, in cui si chiarisce che la sec. 68 è una realtà destinata a svolgere il ruolo di rete di sicurezza, utile solamente nel caso estremo in cui il tribunale arbitrale dimostri di essere talmente smarrito nel condurre l'arbitrato che la giustizia esige che vi si ponga rimedio.

soluzione della questione. A differenza dei doveri imposti ai giudici statali di non ricorrere alla scienza privata, la scelta dell'arbitro potrebbe essere stata giustificata proprio dalle sue personali e specifiche competenze ed informazioni.

Le corti inglesi investite della questione hanno elaborato un criterio generale per comprendere quando l'utilizzo da parte dell'arbitro *of its own knowledge* configuri una seria irregolarità e quando invece tale strumento debba considerarsi legittimo¹⁹⁹.

In applicazione di tale criterio, è considerato corretto l'utilizzo da parte dell'arbitro delle informazioni o delle conoscenze tecniche che qualsiasi persona ragionevolmente potrebbe aspettarsi che lo stesso abbia acquisito nello svolgimento della propria professione.

Costituisce invece seria irregolarità procedurale il ricorso ad informazioni estranee all'ambito e al settore professionale di appartenenza.

Il criterio si basa sulla ragionevolezza, su ciò che una persona mediamente diligente si aspetta quando devolve la risoluzione della controversia ad un arbitro specializzato o comunque con specifiche competenze tecniche.

I poteri dell'arbitro possono comprendere la produzione di prove di mercato e la valutazione di elementi probatori apportati dalle parti in giudizio, ma non introdurre d'ufficio *new evidence*²⁰⁰. Tuttavia la competenza specifica dell'arbitro può mettere in risalto elementi nuovi. Se i nuovi elementi messi in luce sono così marginali da essere praticamente di nessun conto l'arbitro sarà solo tenuto ad adempiere al *duty to reconvene* e garantire alle parti il pieno contraddittorio in relazione ai nuovi, se pur marginali, elementi.

Tale dovere potrebbe non configurarsi quando i nuovi elementi hanno il solo effetto di evidenziare e sottolineare elementi già sorti in precedenza.

La giurisprudenza inglese ha assunto un orientamento meno rigoroso nei riguardi di arbitri specializzati, che operano in determinati settori ed hanno, dunque, specifiche competenze ed esperienze sul campo. L'utilizzo da parte di tali persone di informazioni personali è considerato non solo corretto, ma anche ragionevole, soprattutto quando le parti li abbiano nominati proprio

199 *Checkpoint Ltd v. Strathclyde Pension Fund*, 2003, 14 EG 124, in questo precedente le parti nella convenzione arbitrale si erano accordate per la nomina ad arbitro di un *chartered surveyor*, che avesse una specifica esperienza nella stima e valutazione della proprietà affinché potesse meglio comprendere le questioni di fatto relative.

200 *Winchester City Council v. Secretary of State for the Environment*, 1978, 36 P & CR 455.

per tali competenze. Tale regola ha condotto alla elaborazione di un ulteriore corollario, per cui gli arbitri possono legittimamente rifiutarsi di assumere esperti o consulenti tecnici nelle materie di propria conoscenza, aumentando a dismisura la discrezionalità²⁰¹ dell'organo giudicante.

6.2 Profili di responsabilità dell'arbitro

La section 29²⁰² Arbitration Act 1996, rubricata *Immunity of Arbitrator*, detta le disposizioni generali sulla responsabilità arbitrale e prevede che l'arbitro non è responsabile *for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator*, se non quando risulti che l'atto o l'omissione siano state compiute in *a bad faith*.

La disposizione ha un ambito di applicazione molto ampio e si estende ad ogni tipo di pretesa, nonché ad ogni dipendente o mandatario dell'arbitro.

L'unico limite all'immunità dell'arbitro è dato dall'aver compiuto atti o omissioni in *bad faith*. Alla locuzione non è attribuito un significato univoco né dalla legge né dalla giurisprudenza.

In molti precedenti²⁰³ la mala fede viene considerata una qualità morale che si configura come malizia o disonestà. La negligenza professionale pertanto può, ma non sempre configura un *bad faith*.

La condotta negligente dell'arbitro comprende ad esempio l'eccesso di potere o anche tattiche dilatorie. L'Arbitration Act 1996 disciplina rimedi specifici per tali comportamenti²⁰⁴, tuttavia tali rimedi determinano come effetto solo la rimozione dell'arbitro dal suo incarico, ma non attribuiscono alla parte lesa il diritto di agire per il risarcimento dei danni provocati dallo

201 *Warborough Investments Ltd v. S. Robinson & Son (Holding) Ltd*, 2002, EWHC 2502; *St. George's Investment Co v. Gemini Consulting Ltd*, 2004, EWHC 2353.

202 La norma prevede che: "(1) An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith. (2) Subsection (1) applies to an employee or agent of an arbitrator as it applies to the arbitrator himself. (3) This section does not affect any liability incurred by an arbitrator by reason of his resigning (but see section 25)".

203 *Melton Medes Ltd and Another v. Securities and Investments Board*, 1995, 3 All E.R. 880, in cui si chiarisce che "*bad faith has a moral ingredient, and connotes for malice or dishonesty*". Cfr. SUTTON – KENDALL – GILL, *Russel on Arbitration*, op. cit. p. 168 e HARRIS – R. PLANTEROSE – J. TECKS, *The Arbitration Act 1996. A commentary*, op. cit., p. 149.

204 Quali gli strumenti previsti nelle ss. 24, comma primo lett. d (ii); 33; 68, comma secondo, dell'Arbitration Act 1996.

stesso. L'incompetenza dell'arbitro *ex se* non è sufficiente²⁰⁵ a configurare una responsabilità dell'arbitro, a tal fine è necessario altresì dimostrare la sua mala fede ovvero la sua personale malizia o la consapevolezza di agire esorbitando dai suoi poteri.

La responsabilità dell'arbitro può sussistere anche nell'ipotesi di *serious irregularity*. L'Arbitration Act attribuisce all'arbitro molteplici doveri, la cui violazione può determinare il *removal* dello stesso nonché condurre all'annullamento del lodo emesso ai sensi della sec. 68. L'annullamento del lodo per seria irregolarità compiuta dall'arbitro costituisce di per se prova di *bad faith*, anche in assenza di ulteriori elementi personali.

Si può ravvisare *bad faith* anche in altri comportamenti arbitrari quali: ostruzionismo; il rifiuto di partecipare alla deliberazione del tribunale; il rifiuto di firmare il lodo emesso; la diffusione di dettagli della deliberazione arbitrale prima della pubblicazione del lodo.

Tuttavia le disposizioni della sec. 29 Arbitration Act 1996 non trovano applicazione per quelle responsabilità in cui l'arbitro sia incorso in relazione alla *resignation*.

205 *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, 1957, 1 W.L.R. 582; *Hedley Byrne & Co. Ltd v. Heller & Partners Ltd*, 1964, A.C. 465. Cfr. SUTTON – KENDALL – GILL, *Russel on Arbitration*, op. cit. p. 169.

CAPITOLO II:
**L'IMPARZIALITÀ DELL'ARBITRO NELL'ORDINAMENTO
GIURIDICO FRANCESE**

1.1 L'istituto arbitrale. 1.2 La costituzione del tribunale arbitrale. 1.3 Statuto dell'arbitro. 1.4 Composizione del tribunale. 2.1 Imparzialità. 2.2 Arbitri di parte. 2.3 Metodo di valutazione dell'imparzialità arbitrale. 2.4 Arbitrato multipartito e imparzialità degli arbitri. 2.5 Indipendenza del giudice. 3.1 Strumenti per garantire l'imparzialità: *duty of disclosure*. 3.2 Effetti della violazione del *duty of disclosure*. 3.3 Ricusazione. 3.4 *Révocation* e *récusation*. 3.5 Cause di ricusazione. 4.1 Impugnazione del lodo. 4.2 *Recours en annulation*. 4.3 Impugnazione del lodo emesso dall'arbitro parziale. 5.1 Profili di responsabilità degli arbitri.

1. L'istituto arbitrale

In Francia l'istituto arbitrale ha conosciuto sin dal XVI secolo una considerevole importanza.

Con un'*ordonnance royale*, nel 1560, Francesco II introdusse un arbitrato obbligatorio per i commercianti in relazione alle controversie del loro commercio, per le divisioni ereditarie tra parenti, per i resoconti relativi alle amministrazioni dei beni sotto tutela e per la restituzione della dote. Nel 1673 un'ordinanza di Luigi XIV rese obbligatorio l'arbitrato anche per le controversie tra soci.

Ma è in seguito alla rivoluzione francese che all'arbitrato fu riconosciuto un particolare apprezzamento. La legge 24 agosto 1790 ammise il ricorso all'arbitrato in ogni caso e in tutte le materie e l'art. 5 della Costituzione del 1791²⁰⁶ tutela e riconosce il diritto dei cittadini di risolvere le proprie controversie mediante il ricorso agli arbitri.

Una disciplina organica dell'istituto arbitrale è stata introdotta dal codice di procedura civile del 1806. Tali norme erano però considerate incomplete, mancava ad esempio la disciplina dell'arbitrato internazionale.

Queste istanze di modifica sono state recepite con l'introduzione dei decreti

²⁰⁶ Costituzione del 14 settembre 1791. Le leggi successive riducono però il ricorso all'arbitrato: le leggi 10 giugno 1793 e 2 ottobre 1793 rendono obbligatorio l'arbitrato per le divisioni dei beni comuni; le leggi del febbraio 1796 aboliscono l'arbitrato obbligatorio e sopprimono il Tribunale di famiglia, restituendo la giurisdizione ai giudici ordinari.

n. 80-354 del 14 maggio 1980²⁰⁷ e n. 81-500 del 12 maggio 1981²⁰⁸. Il primo ha modificato la disciplina dell'arbitrato interno contenuta nel codice di procedura civile francese del 1806 ed il secondo ha introdotto norme specifiche per l'arbitrato internazionale²⁰⁹.

La disciplina francese in tema di arbitrato è stata oggetto di recente modifica ad opera del *décret* n° 2011-48 del 13 gennaio 2011²¹⁰ entrato in vigore il primo maggio del 2011. Il Decreto del 2011 non si presenta come una *révolution* né come una mera *toilette*, ma come una vera e propria riforma che mantenendo inalterati i caratteri generali tracciati nel 1980-81 recepisce gli insegnamenti e gli orientamenti giurisprudenziali²¹¹.

Il titolo primo del libro IV del *nouveau code de procédure civile* contiene le norme dedicate all'arbitrato interno ed è diviso in VI capitoli; il titolo secondo disciplina, invece, l'arbitrato internazionale ed è suddiviso in IV capitoli.

Il legislatore francese continua a distinguere due diverse tipologie di *convention d'arbitrage* ovvero il compromesso e la clausola compromissoria.

La distinzione tra le due fattispecie riguarda esclusivamente la forma, considerato che già con la riforma del 1980 gli effetti erano stati equiparati.

In passato il codice di procedura civile napoleonico si riferiva esclusivamente al compromesso, pertanto la clausola era considerata dalla dottrina maggioritaria alla stregua di un preliminare di compromesso,

207 Il testo del decreto è pubblicato in *Reveu de l'arbitrage*, 1980, p. 725 ss. E conteneva nella sua formulazione originaria 57 articoli.

208 Il decreto è stato pubblicato sul *Journal officiel* del 14 maggio 1981.

209 La redazione del nuovo codice di procedura civile è stata caratterizzata da un lungo *iter* preparatorio. I lavori iniziarono nel 1978 in seno alla commissione di riforma del codice di procedura civile, ma furono rallentati dalla resistenza del Consiglio di Stato che provocò notevoli ritardi. Così per evitare ulteriori dilazioni l'emanazione delle nuove norme venne diversata in due parti, ciascuna contenuta in un determinato decreto. Cfr. PERROT, *La riforma dell'arbitrato in Francia*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1985, p. 416 ss.

210 Come chiarito nella *notice* dello stesso decreto: " *le décret modernise le droit français de l'arbitrage, tant interne qu'international. Il assouplit les règles relatives au compromis d'arbitrage, à l'exequatur et à la notification des sentences arbitrales. Il affirme l'autorité de la juridiction arbitrale, en lui permettant notamment de prononcer à l'égard des parties à l'arbitrage des mesures provisoires ou conservatoires, à l'exception des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Il consacre la place du juge français en tant que « juge d'appui » de la procédure arbitrale. Il clarifie et améliore les règles relatives aux recours en matière d'arbitrage*".

211 Le novità introdotte dalla riforma del 2011 possono riassumersi nelle seguenti parole chiave: *clarté, précision, souplesse, autonomie, efficacité, rapidité*. In questo senso JARROSSON – PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Rev. Arb.*, 2011, n. 1, p. 6.

idoneo solo a rendere obbligatoria la stipulazione successiva del definitivo²¹².

L'art. 1442 del nuovo codice stabilisce che “*La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis*”, e definisce la clausola compromissoria come quella convenzione con cui le parti deferiscono ad un arbitro tutte le controversie relative ad un determinato contratto e il compromesso come quella convenzione con cui si devolve agli arbitri la competenza a decidere una controversia già insorta.

La convenzione di arbitrato a pena nullità deve essere redatta in forma scritta, può però risultare da uno scambio di scritti ovvero da un riferimento contenuto nella convenzione principale.

L'art. 1484 del codice di procedura civile francese stabilisce che “*La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche*”.

La dottrina era già in passato concorde nel ritenere che la sentenza arbitrale non fosse un semplice parere, né un consiglio da padre di famiglia, né l'oracolo di un *jury d'honneur*, ma una decisione di giustizia. A differenza delle sentenze pronunciate dai giudici statali, il lodo è sprovvisto di ogni forma di *imperium*, di cui lo Stato si riserva il monopolio. La sentenza arbitrale acquista forza esecutiva solo dopo aver ricevuto l'*exequatur* ad opera del presidente del *tribunal de grande instance*.

Il lodo e la sentenza statale presentano molti caratteri comuni. In entrambi i casi le deliberazioni devono essere segrete, ai sensi dell'art. 1479 n.c.p.c., e deve essere prese a maggioranza, *ex art.* 1480 n.c.p.c., la decisione deve contenere tutti gli elementi di un provvedimento giudiziale, come elencati nell'art. 1481 n.c.p.c., e deve essere motivata ed ha efficacia di giudicato. Il lodo, a differenza della sentenza, manca di quella forza esecutiva tipica dei

212 MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile (organisation judiciaire, compétence, procédure)*, II, Parigi, 1949, p. 549; CUCHE – VINCENT, *Précis de procédure civile*, Parigi, 1963, p. 661; ROBERT, *Arbitrage civil et commerciale*, Parigi, 1967, p. 63; ALPA, *Appunti sull'esperienza francese*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata. Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, a cura di Alpa - Galletto, Padova, 1994, p. 422 ss. Il principale problema che poneva questa interpretazione riguardava gli effetti della mancata stipulazione del compromesso. In epoca meno recente la giurisprudenza francese aveva affermato che il rifiuto a designare gli arbitri poteva comportare solo una condanna della parte inadempiente al risarcimento dei danni subiti dalla controparte. In sentenze più recenti però la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile l'esecuzione d'ufficio dell'obbligo di compromettere il contenuto della clausola, attribuendo all'autorità giudiziaria il potere di nominare d'ufficio l'arbitro in sostituzione della parte inadempiente. Cass. 5 novembre 1962, in *Reveu de l'arbitrage*, 1963, p. 58 ss.

provvedimenti giudiziali.

Inoltre, il giudice privato deve decidere la controversia applicando le norme di diritto, tuttavia le parti possono richiedere che decida come *amiable compositeur*²¹³.

1.2 La costituzione del tribunale arbitrale

Il *Chapitre II, Titre I*, del libro IV del nuovo codice di procedura civile francese è rubricato “*le tribunal arbitral*” e disciplina: da una parte lo statuto dell'arbitro ovvero le modalità di designazione e di accettazione dell'incarico arbitrale, i requisiti di indipendenza ed imparzialità, gli obblighi del giudice privato nonché le modalità di revocazione e ricusazione; dall'altra disciplina l'intervento del giudice statale nell'arbitrato e la relativa procedura.

La normativa è influenzata da due interessi contrapposti: garantire l'autonomia delle parti nella costituzione dell'organo arbitrale ed assicurare la celerità della procedura ed il buon esito dell'arbitrato.

Il *décret* del 2011 non ha apportato modifiche sostanziali al *Chapitre*, ma si è limitato a recepire le soluzioni giurisprudenziali acquisite e diffuse nella prassi.

1.3 Statuto dell'arbitro

Il codice di procedura civile francese non disciplina in modo completo la persona, i diritti e gli obblighi dell'arbitro, ma lascia il compito di definirne i caratteri alla giurisprudenza. I tribunali francesi si sono di frequente occupati del tema soprattutto nell'ambito dei conflitti patrimoniali tra parti e arbitri.

In relazione alla persona dell'arbitro, le corti francesi con fermezza hanno affermato che quest'ultimo è un giudice vero e proprio che assolve ad un compito giurisdizionale.

L'incarico può essere ricoperto solo da persone fisiche che siano nel pieno

213 Cfr. LEVEL, *L'amiable composition (dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage)*, in *Reveu de l'arbitrage*, 1980, p. 651 ss.; LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Parigi, 1980.

esercizio dei propri diritti e non giuridiche. L'art. 1450 n.c.p.c.²¹⁴ stabilisce, infatti, che “*La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits*”²¹⁵.

Per ricoprire il ruolo di arbitro il legislatore francese, tuttavia, non prescrive il possesso di qualifiche, competenze tecniche o giuridiche.

Laddove la convenzione d'arbitrato designi quale arbitro una *personne morale*, a quest'ultima è attribuito solo il potere di organizzare l'arbitrato²¹⁶.

Tale principio è stato riconosciuto ed applicato dalla Corte d'Appello di Grenoble in una pronuncia del 26 aprile 1995. La controversia muoveva da una clausola compromissoria inserita nelle condizioni generali di contratto, che deferiva ad una società commerciale il compito di risolvere tutte le controversie relative al contratto stesso. La clausola attribuiva, inoltre, alla società il potere di deferire l'ufficio arbitrale ad un sostituto dalla stessa individuato. La corte d'appello²¹⁷ rigettava l'istanza del ricorrente di dichiarare nulla la clausola così formulata e applicava il secondo comma dell'art. 1451 n.c.p.c., ai sensi del quale se la convenzione arbitrale designa una persona giuridica come arbitro, questa non dispone che di un potere di organizzazione. In questo modo la corte procedeva ad una modifica dell'oggetto della convenzione, per cui non era più un arbitro che la clausola designava, bensì un terzo incaricato di costituire il tribunale arbitrale.

Le parti nella convenzione arbitrale possono prevedere che il giudice privato abbia determinate qualifiche. Le stesse scelgono e nominano i propri giudici, pertanto possono determinarne il profilo professionale e le specifiche competenze.

214 La riforma del 2011 non ha apportato alcuna novità in tema di capacità dei soggetti di essere nominati arbitri. Infatti l'art. 1450 n.c.p.c. riproduce la disposizione contenuta nell'art. 1451 precedentemente in vigore.

215 Una risalente tradizione impediva alle donne di assumere la funzione di arbitro, al contrario non si facevano distinzioni in relazione alla ricchezza o allo status sociale per la designazione degli arbitri. Cfr. ALPA, *Appunti sull'esperienza francese, in Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato, La nuova giurisprudenza civile commentata*, a cura di Alpa e Galletto, Padova, 1995, p. 423.

216 La *personne morale* potrà essere dotata di un regolamento obbligatorio per tutti coloro che vi aderiscano, potrà provvedere alla redazione delle sentenze arbitrali, curarne la notifica, assicurare quelli che in termini generali possono essere definiti servizi di cancelleria. Cfr. PACLOT, *L'arbitrage institutionnel (dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage)*, in *Reveu de l'arbitrage*, 1980, p. 598 ss.

217 La corte di appello motiva il rigetto dell'istanza anche in base ad un ulteriore argomento: il vincolo fiduciario che lega parti ed arbitri. Il potere attribuito ad un arbitro di nominare un sostituto violerebbe tale vincolo e sarebbe incompatibile con l'*intuitus personae* che caratterizza l'ufficio arbitrale.

Il mancato rispetto delle qualifiche convenute dalle parti espone l'arbitro nominato alla riconsunzione. In particolare, le corti francesi²¹⁸ hanno ravvisato una violazione della volontà espressa dalle parti nella designazione come arbitro di "un expert financier", ove la clausola compromissoria, inserita nel contratto di cessione di azioni, limitava la scelta degli arbitri ad esperti in materie giuridiche o contabili.

La giurisprudenza si è a lungo interrogata sulla natura del rapporto che si instaura tra parti ed arbitri, in seguito all'accettazione dell'incarico.

In numerosi precedenti²¹⁹ le corti francesi hanno negato che tale rapporto possa essere ricondotto ad un mero contratto di mandato, sia esso congiuntamente conferito da tutte le parti ai giudici privati, che unilaterale. La funzione che viene devoluta agli arbitri consiste nel giudicare un'altra controversia, tale compito è troppo specifico per poter rientrare nella qualifica di mandato, quando anche tale contratto avesse ad oggetto prestazioni di servizi intellettuali. Il rapporto che si instaura tra i litiganti ed il giudice privato è invece qualificato come un contratto *sui generis* avente ad oggetto l'esercizio da parte di quest'ultimo di un incarico molto particolare: risolvere un litigio insorto tra i contraenti.

1.4 Composizione del tribunale arbitrale

Il legislatore francese espressamente prevede che il tribunale arbitrale può essere formato da un giudice unico ovvero da una pluralità di membri, purché in numero dispari. Nell'ordinamento francese non sono ammessi tribunali arbitrali formati da un numero pari componenti in quanto le deliberazioni devono essere assunte in applicazione del criterio maggioritario, il cui funzionamento sarebbe impedito dalla possibilità di una parità di voti all'interno del collegio.

Ove la convenzione arbitrale preveda che il tribunale debba essere formato da un numero pari di componenti, il terzo comma dell'art. 1451 n.c.p.c.

218 Tribunale di Grande Istanza di Metz, ord. 5 agosto 1993, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 524. Tuttavia, nella specie, la riconsunzione è stata rigettata, in quanto la professione dell'arbitro nominato era stata portata a conoscenza dalla parte richiedente che non aveva elevato alcuna contestazione a proposito ed aveva in seguito partecipato alla procedura arbitrale. Essa aveva dunque implicitamente rinunciato a questa obiezione sulla qualificazione professionale dell'arbitro.

219 Corte di Cassazione sentenza del 3 luglio 1996; Corte di appello di Parigi sentenza del 20 ottobre 1994, in cui si afferma che l'arbitro è incaricato di una missione giurisdizionale.

stabilisce le modalità di nomina di un arbitro *complémentair*.

Tale arbitro sarà nominato da quelli nominati dalle parti, nel termine di un mese decorrente dall'accettazione dell'incarico, o, in assenza, dal giudice *d'appui*, individuato dall'art. 1459 n.c.p.c.

La disciplina è stata così modificata dal decreto del 2011 al fine di scoraggiare la previsione di tribunali formati da un numero pari di componenti e la relativa emissione di lodi annullabili per irregolarità nella costituzione del collegio arbitrale.

Nel caso in cui le parti non abbiano stabilito le modalità di nomina dell'organo giudicante, l'art. 1452 n.c.p.c. prevede delle disposizioni suppletive, distinguendo tra tribunale formato da un arbitro unico e tribunale tripartito.

In particolare, in caso di tribunale arbitrale formato da un unico componente la nomina spetterà all'istituzione che organizza l'arbitrato, o in assenza di questa al giudice individuato ai sensi dell'art. 1459 n.c.p.c.

In caso di tribunale arbitrale formato da tre componenti, ciascuna parte provvederà alla nomina di un arbitro, e i due così nominati designeranno il terzo.

Se una delle parti non nomina il proprio arbitro entro un mese²²⁰ dalla ricezione della domanda della controparte ovvero gli arbitri di parte non si accordino per la nomina del terzo arbitro nello stesso termine di un mese decorrente dalla data dell'accettazione dell'incarico, a tali designazioni provvederà l'istituzione che organizza l'arbitrato o, in assenza, il giudice statale.

Il giudice statale competente²²¹ ad intervenire nella formazione del tribunale

220 Il termine è considerato minimo e di ordine pubblico. Ciò determina due corollari: che il ricorso al giudice per la designazione dell'arbitro complementare prima della scadenza del termine deve essere dichiarato irricevibile; che l'eventuale decorso del termine non determina una preclusione ad agire per la parte inadempiente. Cfr. JARROSSON – PELLEGRIN, *Le droit Français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Rev. Arb.*, 2011, n. 1, p. 19.

221 L'art. 1459 n.c.p.c. prevede che: “ *Le juge d'appui compétent est le président du tribunal de grande instance. Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455. Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu*

arbitrale è il presidente del tribunale di grande istanza o, se previsto espressamente nella convenzione arbitrale, il presidente del tribunale del commercio. Il giudice territorialmente competente è quello del luogo fissato nel patto compromissorio o in assenza del luogo ove ha sede l'arbitrato.

In assenza di qualsiasi previsione nella convenzione arbitrale, è territorialmente competente il giudice del luogo ove ha la dimora il convenuto, ma, se tale luogo non è in Francia, quello del luogo ove dimora l'attore.

L'intervento dell'istituzione che organizza l'arbitrato o del giudice *d'appui* ha l'effetto di sbloccare l'arbitrato e di garantire l'inizio ed il corretto funzionamento.

Il legislatore della riforma ha introdotto una disciplina unica, sia per il caso in cui la nomina dell'arbitro complementare venga effettuata dal giudice statale, che nel caso in cui sia effettuata dall'istituzione che organizza l'arbitrato. Il previgente testo dell'art. 1455 n.c.p.c. regolamentava invece in modo dettagliato la designazione del giudice privato ad opera della persona incaricata di organizzare l'arbitrato.

Una differenza si rinviene nel caso di rifiuto alla designazione da parte dell'istituzione o da parte dell'autorità giudiziaria statale, di cui all'art. 1455 n.c.p.c. La prima potrà rifiutare di procedere alla designazione dell'arbitro complementare in conformità al regolamento arbitrale di riferimento, la cui eventuale violazione determinerà una sua responsabilità. Il rifiuto da parte della seconda sarà possibile solo nel caso di convenzione arbitrale manifestamente nulla o *inapplicable*²²².

2.1 Imparzialità

où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur".

222 La convenzione arbitrale è nulla nel caso di assenza del consenso di una parte al ricorso all'arbitrato o di mancanza della qualità di arbitro del terzo designato dalle parti, quando sono state violate le norme richieste per la sua validità quali la capacità delle parti e l'arbitrabilità della lite. Il termine "*inapplicable*" è stato introdotto con il decreto del 2011 in sostituzione di "*insuffisant*". L'inapplicabilità manifesta sussiste nell'ipotesi in cui la clausola compromissoria è *indifférente au contrat litigieux*. Il principio è confermato nella sentenza 4 luglio 2006 della prima camera civile della Cour de cassation (Cass. Ira civ., 4 luglio 2006, n° 05-11.591; in *Rev. arb.* 2006, p. 959), nel caso di specie le parti avevano concluso due contratti, l'uno contenente una *clause d'arbitrage*, l'altro una clausola *attributive de compétence*. Si veda anche la sentenza della corte di Cassazione, Ira civ., 11 luglio 2006, in *Rev. arb.* 2006, p. 979, *Jurisclasseur Procédure Civile*, Fas. 1034 *Arbitrage*, n°106.

Il legislatore francese non impone espressamente agli arbitri un obbligo di essere indipendenti ed imparziali nei confronti delle parti in lite, ciononostante la giurisprudenza da sempre, considera tali requisiti essenziali per lo svolgimento della funzione giurisdizionale affidata ai giudici privati.

Il dovere di indipendenza di spirito dell'arbitro è la *pierre angulaire de l'arbitrage*²²³, ciò che ne determina l'originalità e conferisce ad esso una reale autonomia.

L'essenzialità di tale qualità si evince dalla stessa definizione che la dottrina francese dà dell'arbitrato: *est l'institution par laquelle un tiers indépendant règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par cellesci*²²⁴.

La *Cour de Cassation* già nel 1974²²⁵ ha considerato che l'indipendenza è un requisito indispensabile dell'arbitrato: *”L'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnelle, quelle qu'en soit la source, (...)elle est l'une des qualités essentielles des arbitres”*.

La giurisprudenza francese²²⁶ prevalentemente sembra disciplinare in modo congiunto l'obbligo di imparzialità e indipendenza, imponendone indistintamente il rispetto ai giudici privati.

La distinzione tra i due concetti si rinviene però, in dottrina, nella natura oggettiva dell'indipendenza e soggettiva dell'imparzialità.

L'indipendenza si riferisce ad una situazione di fatto, alla *“position”* nella quale si trova l'arbitro; mentre l'imparzialità ad una *“disposition d'esprit”* ad un'attitudine intellettuale²²⁷.

L'indipendenza è spesso considerata relativa alle relazioni tra giudici privati e litiganti, l'imparzialità concerne piuttosto all'oggetto della lite²²⁸.

L'indipendenza²²⁹ in tale accezione consiste sostanzialmente in una

223 CLAY, *L'arbitre*, préface de Fouchard. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2001, spéc. n. 378 – 395.

224 La definizione è di HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Parigi, 2001, p. 188.

225 Corte di Cassazione, 13 aprile 1972, *Consorts Ury c/Galleries Lafayette*, in *Rev. Arb.*, 1975, p. 235.

226 Corte di Cassazione, 16 marzo 1999, *Qatar c/ Creighton*, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 308.

227 ROBERT, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, ed. VI, n. 135, p. 122.

228 DE BOISSÉSON, *Le droit françaises de l'arbitrage interne et international*, n. 770, p. 781.

229 HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Parigi, 1996, p. 233 ss., secondo l'A. tre fattori sono rilevanti e possono influenzare l'indipendenza dell'arbitro: la condizione sociale e culturale cui appartiene, l'identità delle parti e l'oggetto della lite, le apparenze. Il dovere

situazione di non dipendenza dalle parti, l'imparzialità nel non essere parziali ovvero nel non lasciarsi dominare da opinioni preconcepite e da fatti estranei al merito della controversia²³⁰ o al diritto delle parti.

L'indipendenza è, dunque, intesa in modo diverso per il giudice privato rispetto a quello statale. L'indipendenza dei giudici statali si sostanzia nella libertà dagli altri poteri dello Stato nonché da eventuali gerarchie all'interno delle organizzazioni professionali.

La posizione dell'arbitro è molto differente. Egli in quanto giudice occasionale, nominato per la risoluzione di una controversia determinata, instauratasi tra parti determinate, non subisce l'influenza di altri poteri né è parte di alcuna organizzazione professionale gerarchica. Per tale ragione l'indipendenza dell'arbitro è intesa ed ha rilievo esclusivamente nei confronti delle parti in causa.

Ma " *l'indépendance n'est pas en soi une vertu*" ma è "*une condition de la liberté de jugement*"²³¹. E per l'arbitro più ancora che per il giudice questa libertà di giudicare suppone che egli sia libero dei suoi pregiudizi, da qualsiasi condizionamento ideologico, politico, ecc.

Le corti francesi richiedono agli arbitri di essere indipendenti dalle parti ovvero di non avere con le stesse legami di fatto o di diritto. Tuttavia in realtà ciò che ci si attende da questo giudice privato è la sua imparzialità ovvero l'assenza di qualsiasi prevenzione in relazione alla controversia.

La difficoltà di verificare lo stato psicologico soggettivo del giudice privato e, dunque, di accertare la sua effettiva imparzialità, fa sì che i tribunali si accontentino di accertare la sua indipendenza più facile da stabilire anche se non è sufficiente a garantire l'imparzialità.

Sulla base di tale criterio i tribunali francesi hanno individuato quali legami, rapporti o circostanze sono idonei ad influenzare la libertà di giudizio dell'arbitro.

L'indipendenza dell'arbitro può essere messa in dubbio dalla presenza di legami professionali con una delle parti, o anche dalla partecipazione ad una stessa attività economica.

di indipendenza dell'arbitro deve assicurare appunto la eliminazione dei suddetti fattori.

230 LALIVE, «*Sur l'impartialité de l'arbitre international en Suisse*», *Semaine Judiciaire*, 1990, p. 364.

231 BREDIN, «*Qu'est-ce que l'indépendance du juge?*», in *Justice*, n. 3, 1996, p. 165.

La corte d'appello di Parigi²³² ha considerato rilevante il fatto che una parte ed il giudice privato avevano depositato insieme una domanda di brevetto di un'invenzione e poi costituito una società per lo sfruttamento di cinque brevetti. Anche se queste attività comuni non avevano nessun legame con l'oggetto del litigio arbitrale, la comunanza di interessi esistenti al momento della stipulazione del compromesso erano tali da suscitare un dubbio ragionevole sull'indipendenza del giudice privato.

I rapporti di subordinazione tra parte ed arbitro sono incompatibili con l'obbligo di indipendenza del giudice privato.

Secondo le corti francesi²³³ non ha alcun rilievo che questo legame sia solamente amministrativo e gerarchico e che il superiore gerarchico sia l'arbitro.

La stretta relazione professionale e il legame di subordinazione che intercorre tra un arbitro, professore di medicina e capo del servizio di clinica chirurgica universitaria, ed una parte, medico che ivi esercita la sua attività professionale, sono in grado di influenzare l'indipendenza dell'arbitro.

La circostanza che l'arbitro sia un superiore gerarchico di uno dei litiganti non esclude i dubbi di dipendenza del giudice privato.

Alcune riflessioni in relazione ai profili temporali dell'obbligo di imparzialità sono inoltre necessarie.

L'arbitro deve essere indipendente ed imparziale nello svolgimento della propria funzione giurisdizionale.

L'obbligazione senza dubbio sussiste al momento dell'accettazione dell'incarico da parte del giudice privato. Tuttavia, anche prima di tale momento è possibile che si verifichino circostanze tali da mettere in dubbio la posizione imparziale del potenziale arbitro.

Proprio per tale ragione, parte della dottrina fornisce una definizione di questa obbligazione molto rigorosa che deve iniziare al più presto e finire al più tardi.

Nella prassi, soprattutto internazionale, sono molto frequenti dei colloqui preliminari tra parti e candidati arbitri, durante i quali è possibile conoscere le qualifiche, le competenze e le attitudini del candidato, nonché impegni e disponibilità ad occuparsi della controversia e la sussistenza di eventuali

232 Corte di appello di Parigi, 23 marzo 1995, in *RTD com.*, 1995, p. 488.

233 Corte di appello di Parigi, 20 ottobre 1994, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 442.

cause di riconsuazione.

La posizione del potenziale arbitro è molto delicata, in quanto potrebbe fornire alle parti indicazioni circa il proprio orientamento sul merito della lite o sulle questioni di diritto coinvolte. Il *discrimen* tra ciò che è lecito e ciò che non lo è dovrebbe rinvenirsi nell'oggetto dell'informativa. Pertanto sarà lecito informare le parti sulle competenze tecniche e sullo statuto del candidato arbitro; illecito dare informazioni alle parti sul modo in cui la lite verrà risolta.

La legge francese sull'arbitrato non contiene una disciplina specifica di tali colloqui, la cui stessa ammissibilità è discussa. Tuttavia, l'art. 1456, secondo comma, n.c.p.c. nel prevedere l'obbligo degli arbitri di dichiarare tutte le relazioni ed i rapporti che possono mettere in dubbio la sua imparziale posizione utilizza l'avverbio “*avant*”.

L'obbligazione di imparzialità e indipendenza precede l'assunzione dell'incarico arbitro e dunque l'accettazione della proposta delle parti. Il giudice privato dovrà assicurarne il rispetto anche prima di rivestire tale ufficio e quindi anche durante gli eventuali colloqui preliminari tenuti con una delle parti.

2.2 Arbitri di parte

L'imparzialità può essere intesa in due diverse accezioni: come un dovere che ammette temperamenti e variazioni ovvero come un dovere assoluto ed invariabile. Secondo una parte della dottrina vi sarebbero diversi modi di essere imparziali²³⁴.

Pretendere, infatti, da un giudice privato designato da una parte una effettiva equidistanza dai litiganti è considerato irrealistico²³⁵. L'*arbitre – partie* sarà riconoscente per la nomina ricevuta e predisposto agli interessi, alle argomentazioni della parte che lo ha scelto. Pertanto non si potrebbe né si dovrebbe pretendere lo stesso grado di imparzialità dagli arbitri di parte e dagli arbitri terzi, quali presidenti di collegio ed arbitri unici. Nella prassi le parti designano quali giudici privati persone che all'interno del collegio

234 MINOLI, *Relation entre partie et arbitre*, in *Rev. Arb.*, 1970, p. 221 ss.

235 BELLET, *Des arbitres neutres et non neutres*, in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bale, 1993, p. 399 ss.

arbitrale difendono le proprie ragioni e sono favorevoli alle proprie domande e che, quindi, una volta accettato l'incarico non dovrebbero dimenticare nello svolgimento della funzione giurisdizionale da chi promana la propria nomina. La designazione è caratterizzata, dunque, da due interessi fondamentali: individuare un soggetto da un lato predisposto alle proprie domande e dall'altro che non susciti sospetti di parzialità.

L'imparzialità dovrebbe essere garantita solo dal presidente del tribunale che svolgerebbe una funzione di *super partes*.

In Francia si sono distinti due diversi orientamenti in merito alla funzione degli arbitri di parte.

La giurisprudenza meno recente²³⁶ riteneva che l'imparzialità del giudice privato non potesse trovare dei temperamenti. Gli arbitri infatti non sono mandatari di una delle parti in lite, ma sono in ogni caso giudici della controversia a loro devoluta, pertanto l'*indépendance d'esprit* è indispensabile all'esercizio della funzione giurisdizionale qualunque ne sia la matrice²³⁷.

L'imparzialità è una qualità essenziale dei giudici, statali e privati, a prescindere dalle modalità della loro nomina. In questo modo la giurisprudenza francese si era mostrata in origine contraria alla concezione secondo la quale ogni litigante ha diritto al proprio arbitro, *droit à "son arbitre"*²³⁸.

In modo conforme si espresse anche la dottrina²³⁹, contraria all'idea di un arbitro di parte parziale. Ammettere che un arbitro sia di parte significherebbe considerare tale figura come un ibrido tra un giudice ed un avvocato della parte che lo ha nominato, ma l'arbitro è chiamato a svolgere una funzione giurisdizionale e l'indipendenza è l'essenza stessa di tale funzione. Pertanto "*Tout arbitre doit être et demeurer indépendant*"²⁴⁰.

L'orientamento delle corti francesi è diventato in seguito meno rigoroso e

236 Corte di appello di Parigi, sentenza 8 maggio 1970, in *Rev. arb.*, 1970, p. 80 ss.; in dottrina, HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, cit., p. 332 ss.; CLAY, *Op. cit.*, p. 290 ss.

237 Corte di Cassazione, 13 aprile 1972, *Ury*, in *Rev. Arb.*, 1975, p. 235 ha affermato che "*L'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel*".

238 Tribunale di Grande Istanza di Parigi, 13 gennaio 1986, *SETEC c/ SICCA*, in *Rev. Arb.*, 1987, p. 33.

239 JARROSSON, *La procédure arbitrale et l'indépendance de arbitres*, in *Rev. Arb.*, 1988, p. 748 ss.; FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, §1041 - 1047, p. 590 ss.

240 Come è stabilito dall'art. 7 del regolamento CCI.

più indulgente verso gli arbitri di parte.

Nella prassi è stata riconosciuta l'ammissibilità dei cosiddetti *arbitre – partisan*.

La Corte di appello di Parigi, nella sentenza 20 novembre 1997²⁴¹ ha implicitamente ammesso la prassi degli arbitri di parte e considerato che esistono vari gradi di indipendenza arbitrale. Nel caso di specie il tribunale era formato da tre componenti, di cui un arbitro era stato nel corso della procedura consulente della parte che lo aveva designato e addirittura aveva redatto le memorie, aveva ricevuto per l'attività svolta un onorario e fatto perorare la causa da suoi collaboratori. Il secondo arbitro aveva svolto ugualmente durante l'intera procedura arbitrale attività di consulenza nei confronti dell'altra parte che l'aveva nominato, tuttavia tale ruolo non era stato opportunamente dichiarato all'inizio della procedura alla controparte, che, ignorando la circostanza, non aveva potuto ricusare l'arbitro per difetto di indipendenza. La corte di appello di Parigi ha annullato la sentenza per difetto di indipendenza dell'organo giudicante, considerato principio di ordine pubblico, ma solo per l'assenza di informazione preventiva alla parte del ruolo svolto dall'arbitro. La corte francese non contesta il doppio incarico svolto dai giudici privati, di giudicanti e consiglieri delle parti che rispettivamente li avevano nominati, ma solo il difetto di trasparenza.

In questo modo si considera l'indipendenza dell'organo arbitrale disponibile ad opera delle parti, che potranno decidere di escluderla e far risolvere la controversia tra loro insorta da un giudice non indipendente.

Nella sentenza, inoltre, la corte francese sembra esigere dal presidente del tribunale arbitrale non un grado di imparzialità superiore a quella dei coarbitri, bensì di attribuirgli un onere ulteriore ovvero quello di verificare l'imparzialità degli altri membri del collegio arbitrale.

I principi espressi nella sentenza dalla corte francese sono stati criticati da parte della dottrina²⁴² che considera l'indipendenza una qualità non solo essenziale di qualsiasi organo giudicante, ma anche inerente alla stessa funzione di giudice e, dunque, parte del suo corredo etico, che deve

241 Corte di appello di Parigi, 20 novembre 1997, *3R c/ Phénix Richelieu*, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 329. La relativizzazione dell'indipendenza e l'ammissibilità della figura degli *arbitres – partisans* è condivisa anche da Corte di cassazione, 24 marzo 1998, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 255 e in *JDI*, 1999, p. 155 con nota di Anne – Emmanuelle Kahn.

242 HENRY, *Les obligations d'indépendance et information de l'arbitre a la lumière de la jurisprudence récente*, in *Rev. Arb.*, 1999, n. 2, p. 214 – 215.

prescindere dalla volontà dei litiganti.

2.3 Metodo di valutazione dell'imparzialità arbitrale

La giurisprudenza francese si è occupata a lungo più che dei concetti di indipendenza ed imparzialità, del metodo adeguato ad assicurarle.

La condotta dell'arbitro può essere valutata secondo due diverse modalità: oggettiva e soggettiva. La valutazione soggettiva presuppone la necessità di ricercare ed individuare le reali intenzioni della persona in causa. Il metodo oggettivo prende in considerazione esclusivamente le apparenze senza ricercare le intenzioni sottese della parte.

Il metodo oggettivo è, senza dubbio più severo, in quanto non considera l'intenzionalità o la colpevolezza della condotta considerata, e la sua applicazione determina un incremento delle ipotesi di violazione del dovere di indipendenza dell'arbitro.

Nella sentenza 6 novembre 1998, l'Assemblea plenaria della Corte di Cassazione²⁴³ ha optato chiaramente per il metodo oggettivo di valutazione dell'imparzialità dei magistrati. La corte ha fatto riferimento all'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo che sancisce il diritto di ciascun individuo a che la propria causa venga decisa da un tribunale imparziale e aggiunge che tale esigenza dovrà essere apprezzata in modo oggettivo, e non soggettivo.

Nella sentenza si evidenziano altresì i possibili modi di applicazione del metodo oggettivo: in particolare la concezione astratta e quella concreta.

Secondo la concezione astratta la violazione dell'obbligo di imparzialità del giudice dovrà essere valutata senza far alcun riferimento al ruolo ed alla condotta effettiva del giudice. Secondo la concezione concreta la violazione del dovere di imparzialità può essere presunta ma tali presunzioni possono sempre essere modificate ed, eventualmente, contraddette dalle circostanze del caso e dell'attitudine individuale del giudice.

L'approccio oggettivo, inizialmente ritenuto dalla giurisprudenza applicabile ai soli giudici statali, è stato, in seguito, ritenuto egualmente idoneo alla

243 Cass. Ass. Plen., 6 novembre 1998, *Sté Bord Na Mona c/ SA Norsk hydro azote et Guillotel c/ Sté Castel et Fromages*, JCP, 1998, II, 10198.

valutazione dell'imparzialità dei giudici privati.

In una sentenza del 1998, la Corte di appello di Rouen²⁴⁴ ha applicato in modo rigido il metodo di valutazione oggettiva dell'imparzialità arbitrale. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto sufficiente per l'annullamento del lodo, le circostanze per cui il presidente del collegio arbitrale, di primo grado, era anche associato e dirigente di una delle società in causa ed aveva concesso un credito alla controparte, e che uno degli altri componenti del tribunale, di secondo grado, era impiegato in una filiale della società stessa. Le due circostanze sono state considerate oggettivamente idonee ad indurre l'organo giudicante ad adottare una posizione conforme agli interessi di una delle parti in causa. Nella sentenza manca qualsiasi riferimento al comportamento concreto degli arbitri. La sola constatazione dell'esistenza combinata delle due circostanze oggettive, vincolo di subordinazione e interesse nel successo di una delle parti, convince la Corte all'annullamento del lodo. Le eventuali e possibili argomentazioni contrarie, l'esistenza di altri fatti contrari non sono state in alcun modo considerate dalla Corte²⁴⁵.

La giurisprudenza più recente ha recepito il metodo di valutazione dell'indipendenza arbitrale oggettivo ma con alcuni temperamenti. Secondo le corti francesi²⁴⁶, infatti, la sola riunione di circostanze obiettivamente sfavorevoli non è sufficiente a considerare l'arbitro parziale, è necessario altresì che tali circostanze consentano, nella specie, di mettere legittimamente in dubbio l'indipendenza dell'arbitro. La circostanza in questione, pertanto, non solo deve costituire un elemento oggettivo idoneo a metter a rischio l'indipendenza dell'arbitro, ma è necessario valutare se tale

244 Corte di appello di Ruen, 28 ottobre 1998, *Jean Lion et Cie c/ Les Ets Gortzounian*, in *Rev. Arb.*, 1999, n. 2, p. 368. Il caso di specie riguarda un arbitrato, di secondo grado, svoltosi dinanzi alla Camera arbitrale di *Cafés et Poivres du Havre* avente ad oggetto una controversia tra due società per la rescissione di un contratto di approvvigionamento di caffè. In secondo grado la società Jean Lion veniva condannata a risarcire i danni subiti dalla controparte a causa della immotivata rescissione. La società soccombente impugnava la sentenza pronunciata per irregolare costituzione del tribunale arbitrale.

245 HENRY, *Les obligations d'indépendance et information de l'arbitre a la lumière de la jurisprudence récente*, in *Rev. Arb.*, 1999, n. 2, p. 199. L'A. Considera criticabile la sentenza della Corte di appello, in quanto si è attenuta alle sole circostanze oggettive e non ha considerato altri fatti che avrebbero potuto temperare la portata della decisione, tra i quali il fatto che il gruppo Gortzounian aveva tempestivamente rimborsato i crediti alla controparte.

246 Il principio è stato espresso in particolare nell'ordinanza del Tribunale di Grande Istanza di Parigi, 27 gennaio 1999, *Inter Brochage c/ Paprec et autre*, inedita; Corte di appello di Ruen, 28 ottobre 1998, *Jean Lion et Cie c/ Les Ets Gortzounian*, in *Rev. Arb.*, 1999, n. 2, p. 368.

elemento nell'affare oggetto della causa e in relazione alla situazione personale dell'arbitro sia in grado di pregiudicarne l'indipendenza.

Questa conclusione è stata condivisa dalla giurisprudenza successiva²⁴⁷ che procede alla valutazione dell'indipendenza arbitrale attraverso un doppio grado di esame. Si procede da un lato a valutare se una circostanza possa minacciare il giuramento dell'arbitro, dall'altro se la stessa possa provocare nell'animo delle parti un ragionevole dubbio sulle qualità dello stesso.

Tra i temperamenti soggettivi che la giurisprudenza apporta al metodo di valutazione oggettivo dell'indipendenza dell'arbitro è compresa la conoscenza della circostanza oggettiva, che mette a rischio l'indipendenza, dalla parte che invoca una violazione all'obbligo di indipendenza al momento della designazione del giudice privato.

In una simile circostanza si presume, infatti, che la parte al momento della designazione abbia valutato la circostanza e la abbia considerata come inidonea a mettere a rischio l'indipendenza dell'arbitro²⁴⁸.

2.4 Arbitrato multiparti e imparzialità degli arbitri

L'ordinamento giuridico francese non disciplinava espressamente gli arbitrati multiparti, ne indirettamente conteneva delle indicazioni sulle modalità di formazione dei tribunali arbitrali nelle ipotesi di pluralità di litiganti.

La dottrina e la giurisprudenza in ambito internazionale riconoscono l'essenzialità del principio di uguaglianza delle parti nella designazione degli arbitri. Ai litiganti deve essere assicurata una paritaria partecipazione nella formazione del tribunale arbitrale e, dunque, un'eguale rappresentanza delle proprie argomentazioni all'interno dello stesso.

Il principio di uguaglianza può avere una duplice valenza.

Detto principio può essere inteso come il diritto di ciascuna parte, in ogni caso, di nominare un proprio arbitro. Una simile interpretazione comporta la necessità, negli arbitrati multiparti, di regolare, nelle convenzioni arbitrali, delle modalità di nomina che consentano a ciascuna parte di avere all'interno

247 Corte di Cassazione, 16 marzo 1999, *Qatar c/ Creighton*, in *Rev. Arb.*, 1999, n. 2, p. 308.

248 Paris, 2 giugno 1989, *TAI et autres c/ SIAPE et autres*, in *Rev. Arb.*, 1991, p. 87; Corte di Cassazione, 25 marzo 1999, *SIAB c/ Valmont*, in *Rev. Arb.*, 1999, n. 2, p. 311

del collegio un proprio arbitro. Oltre alla puntuale previsione delle modalità di designazione degli arbitri, sarà necessario, anche, disporre quelle di integrazione e completamento del tribunale arbitrale, stante il divieto di collegi formati da un numero pari di componenti.

Questa soluzione, senza dubbio, garantisce il pieno rispetto dei diritti di nomina delle parti e per tale via anche una assoluta imparzialità del collegio arbitrale così formatosi, ma determina un aggravio di costi e una minor speditezza della procedura.

Il principio di uguaglianza può essere inteso anche in una diversa accezione, non come un diritto di ciascuna parte di designare un proprio arbitro, bensì come un diritto a non essere trattata diversamente nella formazione del tribunale arbitrale, un diritto cioè a partecipare in egual misura alla costituzione dell'organo giudicante.

Il principio di uguaglianza sarebbe rispettato anche ammettendo la possibilità delle parti di prevedere nella convenzione arbitrale un solo arbitro o un collegio formato da un numero di componenti dispari, da designare di comune accordo o ad opera di un'autorità o di un terzo individuato dalle stesse. La parità delle parti nella nomina degli arbitri viene, dunque, assicurata se ciascuna parte ha la facoltà di partecipare alla formazione dell'organo giudicante o se nessuna è a ciò abilitata²⁴⁹.

La *Court de Cassation* nel noto caso *Dutco*²⁵⁰ ha per la prima volta affrontato il problematico tema assumendo una posizione molto rigorosa.

249 SPACCAPELO, *L'imparzialità degli arbitri*, Milano, 2009, p. 150 ss.

250 Court de Cassation, 7 gennaio 1992, in *Rev. Arb.*, 1989, p. 723, con nota di Bellet, e in *Riv. Arb.*, 1992, p. 99, con nota di BERNARDINI, *Arbitrato con pluralità di parti e designazione degli arbitri: uguaglianza delle parti e imparzialità degli arbitri*. Nel caso di specie due società la tedesca BKMI Industriean Lagen e la Raysut Cement Corporation avevano stipulato un contratto per la consegna di un cementificio. Per la realizzazione dell'opera la società BKMI aveva concluso un contratto di consorzio con la società Dutco Construction Co. E con la Siemens AG. Il contratto conteneva una clausola compromissoria con la quale venivano devolute tutte le eventuali controversie ad un collegio di tre arbitri costituito in conformità al regolamento della CCI e avente sede a Parigi. La società Dutco presenta un'unica domanda di arbitrato contro la BKMI e Siemens, formulando richieste distinte nei confronti dell'una e dell'altra. Seppur obiettando la necessità di iniziare due distinti procedimenti arbitrari nei confronti delle compagnie, le stesse procedono alla nomina di un arbitro comune. Il presidente del collegio viene nominato dalla Corte Internazionale di Arbitrato della CCI e costituitosi il tribunale si dichiara regolarmente formato ed emette un lodo parziale. Impugnato il lodo per irregolare costituzione del tribunale arbitrale, la Corte di Appello di Parigi rigetta il ricorso desumendo dalla clausola compromissoria la volontà delle parti di essere giudicate da un tribunale tripartito. La Corte di Cassazione ribalta tale orientamento considerando irregolarmente formato il collegio.

Secondo la Corte francese la clausola compromissoria contenuta in un contratto sottoscritto tra tre parti che devolve la risoluzione delle controversie, insorte tra tutti i contraenti, ad un tribunale tripartito viola il principio di uguaglianza delle parti nella costituzione dell'organo giudicante. Tale principio di uguaglianza viene qualificato di ordine pubblico e ad esso le parti possono rinunciare solo dopo che la controversia sia insorta.

La pronuncia comporta una serie di corollari.

Innanzitutto, il principio per cui la rinuncia a nominare un proprio arbitro è valida solo se interviene in seguito all'insorgere della lite, comporta la nullità di tutte le clausole compromissorie che realizzino *ex ante* tale effetto. *In secundis*, la rinuncia stessa sarà valida solo se tutte le parti concordino le conseguenze di una simile rinuncia. Per realizzare le condizioni richieste dalla Corte di Cassazione sarà sufficiente che le parti sottoscrivano un'unica richiesta di arbitrato contenente la designazione di un solo arbitro una volta instaurata la lite.

Tuttavia, nella prassi è molto difficile che le parti, instauratasi una controversia, riescano a raggiungere un accordo sulla nomina del giudice privato, stante la situazione di conflittualità e gli opposti interessi. Pertanto si sarà costretti ad iniziare tanti procedimenti arbitrali quante sono le parti aumentando così la possibilità di decisioni contrastanti.

Il principio condiviso dalla Corte di Cassazione²⁵¹ ha quindi il pregio di garantire in modo pieno la *par condicio* delle parti nella formazione del collegio arbitrale, ma aumenta il rischio di contrasto di giudicati e rallenta la speditezza della procedura arbitrale.

Inoltre, la qualificazione del principio di uguaglianza delle parti nella formazione del tribunale arbitrale come di ordine pubblico determina la nullità delle eventuali clausole che lo violino. Tali sarebbero le clausole compromissorie che prevedono la trasformazione dell'arbitro di parte in arbitro unico nel caso in cui la controparte non designi il proprio arbitro tempestivamente²⁵².

In effetti la qualificazione di principio di ordine pubblico può essere riferita solo al principio di uguaglianza delle parti inteso come diritto di ciascuna

251 Tale principio è stato ribadito dalla Corte di Cassazione anche in seguito nella sentenza 8 giugno 1999, in *Rev. Arb.*, 2000, p. 116 ss., con nota di Loquin.

252 Cfr. BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, Milano, 1987, p. 82 – 83.

delle stesse di partecipare in uguale misura alla formazione dell'organo giudicante. Infatti, la diversa accezione di diritto di ciascuna parte di nominare un proprio arbitro si pone in netto contrasto con altro principio di ordine pubblico, quello dell'imparzialità degli arbitri, qualunque sia la fonte della nomina.

La libertà e il diritto delle parti di partecipare alla formazione del tribunale arbitrale incontrano un limite nell'obbligo di nominare arbitri imparziali.

Pertanto, sarebbe opportuno indagare la volontà delle parti per verificare se le modalità di designazione concordate siano tali da non creare disparità, in quanto la stessa violerebbe il principio dell'imparzialità.

Imparzialità degli arbitri e uguaglianza delle parti non costituiscono, dunque, due diversi principi, ma “due momenti qualificanti di un unico principio di ordine pubblico: l'imparzialità arbitrale²⁵³”.

Il Decreto n. 48 del 11 gennaio 2011 ha introdotto una disciplina espressa degli arbitrati multipartiti. L'art. 1453 n.c.p.c. prevede che “ *Lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres*”. Il legislatore francese, dunque, rimette all'autonomia negoziale delle parti il compito di stabilire le modalità di nomina del tribunale arbitrale nel caso di controversia tra più di due parti. Nell'ipotesi in cui i litiganti non riescano a raggiungere un accordo sulla nomina dell'organo giudicante, tale potere è attribuito ad un soggetto estraneo alla lite: la persona incaricata di organizzare l'arbitrato o in assenza il giudice statale. La scelta del legislatore francese del 2011 riprende quanto previsto nell'art. 10, secondo comma, del Regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale²⁵⁴.

253 BERNARDINI, *Arbitrato con pluralità di parti e designazione degli arbitri: uguaglianza delle parti e imparzialità degli arbitri*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 108.

254 L'art. 10 di tale regolamento prevede che: “ 1 Quando c'è una pluralità di attori o di convenuti e la controversia deve essere deferita a tre arbitri, gli attori congiuntamente e i convenuti congiuntamente nominano un arbitro, salvo conferma ai sensi dell'articolo 9. 2 In assenza di tale nomina congiunta e di altro accordo tra le parti circa modalità che consentano la costituzione del tribunale arbitrale, la Corte può nominare ciascun membro del tribunale arbitrale e designare uno di essi quale presidente. In questo caso, la Corte è libera di scegliere qualsiasi persona che essa reputi idonea a svolgere la funzione di arbitro, applicando l'articolo 9 qualora lo ritenga opportuno”.

2.5 Indipendenza del giudice

L'ordinamento giuridico francese tutela costituzionalmente l'indipendenza dei giudici attraverso una serie di previsioni²⁵⁵.

In primis è istituito il *Conseil supérieur de la magistrature*, organo indipendente e di autogoverno della magistratura.

Il consiglio comprende una formazione “*compétente à l'égard des magistrats du siège et une formation compétente à l'égard des magistrats du parquet*”, distinguendo così tra magistrati e pubblici ministeri.

Inoltre, il quarto comma dell'art. 64 della Costituzione del 1958, introduce il principio della inamovibilità dei giudici statali, stabilendo che “*Les magistrats du siège sont inamovibles*”. L'inamovibilità dei magistrati è, infatti, considerata una fondamentale garanzia di indipendenza dagli altri poteri dello Stato. Pertanto, i giudici statali non possono essere trasferiti, promossi o collocati in pensione senza la loro approvazione. Il contrario può verificarsi solo in seguito ad una decisione del Consiglio Superiore della Magistratura.

Il codice di procedura civile disciplina nel Titolo X inoltre gli istituti dell'astensione e della ricsuzione giudiziale. L'art. 341 n.c.p.c.²⁵⁶ prevede otto ipotesi in presenza delle quali il giudice è tenuto ad astenersi dal decidere la controversia e in cui le parti possono ricsuarlo.

255 HABSCHIED, *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, Rimini, 1985, p. 67 ss.

256 L'art. 341 n.c.p.c. prevede che:” *La ricsusion d'un juge n'est admise que pour les causes déterminées par la loi. Comme il est dit à l'article L. 731-1 du Code de l'organisation judiciaire "sauf dispositions particulières à certaines juridictions la ricsusion d'un juge peut être demandée: 1° Si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation; 2° Si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties; 3° Si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement; 4° S'il y a eu ou s'il y a procès entre lui ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint; 5° S'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties; 6° Si le juge ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties; 7° S'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint; 8° S'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties; Le ministère public, partie jointe, peut être ricsué dans les mêmes cas”.*

3.1 Strumenti per garantire l'imparzialità: *duty of disclosure*

Il legislatore francese disciplina diversi strumenti per garantire l'imparzialità arbitrale, che si distinguono in preventivi e successivi²⁵⁷.

Fra i primi è compreso il *duty of disclosure*²⁵⁸ ovvero quella dichiarazione, di solito redatta in forma scritta, con la quale l'arbitro si afferma libero da condizionamenti rispetto all'oggetto della lite o alle parti ed esplicita tutte quelle circostanze, fatti e relazioni che possono in alcun modo mettere in dubbio la sua imparzialità.

Tale dichiarazione deve essere effettuata prima dell'inizio del procedimento arbitrale, di solito al momento dell'accettazione dell'incarico, qualora, però, circostanze che devono essere rivelate sopravvengano, queste dovranno essere immediatamente comunicate, durante l'intero svolgimento dell'arbitrato.

Tale dovere arbitrale era disciplinato, prima della recente riforma, dall'art. 1452, secondo comma, n.c.p.c., il quale stabiliva che " *L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut sa mission qu'avec l'accord de ces parties*". In questo modo il legislatore francese limitava la portata dell'obbligo di rivelazione alle cause di riconsuazione arbitrale. Pertanto, vi era una perfetta coincidenza tra circostanze da comunicare alle parti e cause di riconsuazione arbitrale. Nonostante il chiaro dato legislativo, la previsione normativa aveva suscitato diversi interrogativi e molteplici dubbi in relazione all'ambito di applicazione di tale dovere.

In particolare, si è discusso sull'opportunità di limitare il dovere alle ipotesi di riconsuazione o di riconoscere ad esso un ambito più ampio.

La giurisprudenza francese meno recente²⁵⁹ considerava l'ambito di applicazione di tale dovere molto ristretto e, in particolare, comprensivo esclusivamente di quelle circostanze che potessero dar luogo alla riconsuazione dell'arbitro. Si considerava cioè coincidente l'oggetto del *duty of*

257 Cfr. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, op. cit., p. 140 ss.

258 " *Le lien de confiance entre l'arbitre et les parties devant être préservé continûment, celles-ci doivent être informées pendant toute la durée de l'arbitrage des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre et qui seraient de nature à affecter son indépendance (...)*", Paris, 12 febbraio 2009, SA J&P Avax SA c/ société Tecnimont SPA, in *Rev arb.*, 2009, n. 1, p. 186 ss., con nota di Clay.

259 Corte di Cassazione, 14 novembre 1990, in *Bull. Civ.*, II, n. 230; Corte di Cassazione, 29 ottobre 1991, in *Bul. Civ.*, IV, n. 313.

disclosure con l'elenco dei motivi di ricusazione previsto dall'art. 341 c.p.c. per il giudice togato.

Le corti francesi²⁶⁰ hanno, però, negli ultimi anni, esteso l'oggetto dell'obbligo di rivelazione ed hanno precisato che il principio per cui l'arbitro deve dichiarare tutte le circostanze, che possono influenzare il proprio giudizio e provocare nelle parti dubbi ragionevoli, *raisonnable*²⁶¹, sulla sua imparzialità o indipendenza è l'essenza minima della funzione arbitrale.

Tale secondo orientamento è stato recepito nella riforma del 2011. L'art. 1456, secondo comma²⁶², n.c.p.c. stabilisce oggi che l'arbitro deve dichiarare tutte le circostanze che possano mettere in dubbio la sua imparzialità o indipendenza, prima dell'accettazione dell'incarico stesso. Non vi è più alcun riferimento alle cause di ricusazione e si estende l'ambito di applicazione del *duty of disclosure* a “*toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité*”.

L'obbligo di informazione sussiste non solo al momento dell'accettazione dell'incarico arbitrale, ma permane durante l'intero svolgimento della procedura. Pertanto, ove una causa di ricusazione sopraggiunga durante l'arbitrato, il giudice privato ha l'obbligo di farla conoscere alle parti senza ritardo²⁶³.

Uno dei principali problemi applicativi del *duty of disclosure* riguarda la necessità di dichiarare anche i fatti o le situazioni notorie.

Tale aspetto è stato oggetto di un esame attento da parte della giurisprudenza francese, che escludendo dal dovere di rivelazione il notorio riduce le situazioni da dichiarare rispetto a quelle che fondano una domanda di ricusazione accoglibile.

260 In particolare Corte di Cassazione 2 aprile 2003, *Fremarc c/ITM Entreprises*, in *Rev. Arb.*, 2003, p. 1235.

261 Paris, 2 luglio 1992, *Raoul Duval*, in *Rev. arb.*, 1996, p. 411, in cui si chiarisce che l'arbitro è tenuto a dichiarare alla parte tutte le circostanze che possono suscitare *un doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre*.

262 Tale articolo stabilisce che: “*Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission*”.

263 BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 1551; FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., §1059, p. 597 ss.

Sebbene tale orientamento appaia piuttosto logico, in quanto ciò che è conosciuto dalle parti effettivamente non necessita di essere rivelato o dichiarato, il concetto stesso di notorio è così vago da renderne l'applicazione concreta incerta.

Piuttosto che richiedere all'arbitro di interrogarsi su ciò che è o meno noto alle parti, pare più semplice imporgli di dichiarare tutte le situazioni che possano mettere in dubbio la propria imparzialità senza distinzioni.

La corte d'appello di Parigi²⁶⁴ si è occupata della questione nel caso L'Oreal in cui venne annullato il lodo per la mancata rivelazione dell'arbitro, anche se nella specie vi erano gli estremi per ritenere notori i legami tra parti e arbitro. Infatti, l'arbitro era stato consulente finanziario del gruppo L'Oreal nei tre anni precedenti l'inizio del procedimento arbitrale, di cui la società era parte. La funzione di consulente rivestita dall'arbitro era stata oggetto di una vasta pubblicità ad opera della stampa e la controparte in quanto uomo d'affari esperto del settore e specializzato in comunicazione, non poteva non esserne a conoscenza. Ciononostante la corte ha annullato il lodo.

Il caso dimostra, senza dubbio, che il criterio della notorietà come limite al *duty of disclosure* è fuorviante.

Non mancano però precedenti in cui i giudici francesi hanno manifestato un orientamento contrario ed hanno precisato che “*l'arbitre est invité à informer les parties de toute relation qui ne présente pas un caractère notoire et qui pourrait raisonnablement avoir à leurs yeux une incidence sur son jugement*”²⁶⁵.

L'estensione del *duty of disclosure* presuppone un'ulteriore questione ovvero se debbano rientrarvi anche i collegamenti secondari, quei legami o contatti insignificanti.

Una parte della dottrina²⁶⁶ è critica su una simile estensione, ritenendo impossibile rivelare legami così eterogenei e numerosi, anche tenuto conto della moltiplicazione dei mezzi e della semplicità di comunicazione.

264 Corte d'appello di Parigi, sentenza 9 aprile 1992, in *Riv. Arb.* 1993, p. 103.

265 Corte d'appello di Parigi, 13 marzo 2008, *CETIM c/SDT International*; Corte d'appello di Parigi, 2 luglio 1992, *Raoul Duval c. Merkuria Suden*, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 411.

266 HIRSCH, *Les arbitres peuvent – ils connaître les avocats des parties? Critique s'une nouvelle notion de l'indépendance des arbitres dans le arbitrages CCI*, in *Bull. Asa*, 1990, p. 7.

Altra parte della dottrina²⁶⁷, ritiene invece che l'interesse all'indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante debba essere assicurata in modo assoluto e, dunque, l'obbligo di rivelazione debba comprendere anche tali relazioni.

La giurisprudenza francese ha mantenuto un orientamento molto rigoroso, estendendo l'oggetto del *duty of disclosure*.

In particolare, in una sentenza recente, la corte di appello di Parigi²⁶⁸ ha annullato un lodo arbitrale in quanto l'arbitro non aveva dichiarato di aver sposato la madre dell'avvocato della controparte.

Conclusioni contrastanti sono state espresse dalle corti francesi anche in relazione all'eventuale esistenza di un obbligo dell'arbitro di ricercare attivamente potenziali conflitti di interesse dallo stesso non conosciuti.

Il *duty of disclosure* senza dubbio comprende tutti quei conflitti d'interessi che siano noti all'arbitro, ma ci si chiede se si estenda anche alle potenziali cause di conflitto, esistenti o sopravvenute, ignote all'arbitro ma che lo stesso avrebbe potuto conoscere a seguito di un'attività di monitoraggio.

Nell'ordinamento giuridico francese non si rivengono disposizioni normative che possano giustificare un simile obbligo arbitrale e l'orientamento giurisprudenziale maggioritario²⁶⁹ considera annullabili solo i lodi in relazione ai quali l'arbitro abbia ommesso di dichiarare alle parti circostanze di cui era ben a conoscenza.

La corte di appello di Parigi²⁷⁰ in una recente sentenza ha però ribaltato tale

267 HENRY, *Les obligations de indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récent*, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 211 ss.

268 Corte di appello di Parigi, sentenza 12 gennaio 1999, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 381.

269 Corte di Cassazione comm., 16 luglio 1964, in *rev. Arb.*, 1964, p. 125, in cui l'arbitro unico era socio dell'avvocato di una delle parti; Cass. Civ., 20 febbraio 1974, in *rev. Arb.*, 1975, p. 238, in cui l'arbitro aveva ricevuto un incarico da un creditore della parte che lo aveva nominato; Corte di appello di Parigi, 13 marzo 1981, in *rev. Arb.*, 1983, p. 83, in cui il coarbitro era membro del consiglio direttivo di una delle parti in causa; Corte di appello di Parigi, 9 aprile 1992, in *Rev. arb.*, 1996, p.483, in cui l'arbitro unico era consulente finanziario del presidente di una delle società del gruppo a cui apparteneva una delle parti in causa; Corte di appello di Parigi, 2 luglio 1992, in *rev. Arb.*, 1996, p. 411, in cui il presidente del collegio arbitrale era stato assunto subito dopo aver reso il lodo dalla parte risultata vittoriosa; Corte di appello di Parigi, 20 ottobre 1994, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 442, in cui l'arbitro era anche capo ospedaliero del medico parte della procedura arbitrale; Corte di appello di Parigi, 29 gennaio 2004, in *rev. Arb.*, 2005, p. 709, in cui l'arbitro unico era stato nominato in altre procedure arbitrali dalla parte che lo aveva nominato.

270 Sentenza della Corte di Appello di Parigi 12 febbraio 2009, in *Dir. comm. Int.*, 2009, p. 179 ss. Con nota di DI PAOLA – SABATINI, *L'obbligo di disclosure dell'arbitro: la Corte d'Appello di Parigi si schiera contro gli arbitri che fanno parte dei grandi studi associati*. Nella sentenza viene dichiarato nullo un lodo reso da un collegio il cui presidente, *counsel* di un grande studio legale associato internazionale, non ha tempestivamente informato le

orientamento, affermando l'esistenza di un obbligo positivo dell'arbitro di svolgere una ricerca e un'indagine costante sulle circostanze che possono determinare dubbi sulla propria imparzialità o indipendenza. L'esistenza di un obbligo positivo di ricercare i potenziali conflitti di interessi²⁷¹ non è una novità in ambito internazionale.

Le *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* nello standard sette, lett. c²⁷², stabiliscono che gli arbitri hanno un dovere positivo di “*make reasonable enquires to investigate any potential conflict of interest*” nonché ogni fatto o circostanza che possa influenzare la sua imparzialità o indipendenza. L'eventuale inadempimento dell'obbligo non è giustificato “*by lack of knowledge if the arbitrator makes no reasonable attempt to investigate*”²⁷³.

Facendo riferimento al parametro delle *IBA Guidelines* è necessario delineare lo standard delle *reasonable enquires* nonché del *reasonable attempt*.

Le difficoltà maggiori si riscontrano nelle ipotesi in cui l'arbitro: eserciti l'attività professionale all'interno di uno studio legale associato di grandi

parti di un potenziale conflitto di interessi tra lo studio legale di cui fa parte ed una società collegata ad una parte in causa. La corte ha sottolineato che l'effettiva conoscenza del potenziale conflitto d'interessi da parte dell'arbitro è irrilevante per decidere in quanto ciò che rileva è la mera esistenza del conflitto stesso a prescindere dalla conoscenza nonché dalla conoscibilità dello stesso. L'arbitro ha il dovere di indagare sull'esistenza di tutte le circostanze che possono determinare dubbi sulla propria imparzialità o indipendenza.

271 Una definizione di conflitto di interessi è contenuta nello standard 2 delle *IBA Guidelines on Conflicts of International Arbitration*, ai sensi del quale: “*An arbitrator shall decline to accept an appointment or, if the arbitration has already been commenced, refuse to continue to act as an arbitrator if he or she has any doubts as to his or her ability to be impartial or independent. The same principle applies if facts or circumstances exist, or have arisen since the appointment, that, from a reasonable third person's point of view having knowledge of the relevant facts, give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, unless the parties have accepted the arbitrator in accordance with the requirements set out in General Standard (4). Doubts are justifiable if a reasonable and informed third party would reach the conclusion that there was a likelihood that the arbitrator may be influenced by factors other than the merits of the case as presented by the parties in reaching his or her decision. Justifiable doubts necessarily exist as to the arbitrator's impartiality or independence if there is an identity between a party and the arbitrator, if the arbitrator is a legal representative of a legal entity that is a party in the arbitration, or if the arbitrator has a significant financial or personal interest in the matter at stake*”.

272 Lo standard 7 alla lettera c prevede in particolare che: “*An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to investigate any potential conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may cause his or her impartiality or independence to be questioned. Failure to disclose a potential conflict is not excused by lack of knowledge if the arbitrator makes no reasonable attempt to investigate*”.

273 VEEDER, *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre dans l'arbitrage international*, in Cadiet, Caly, Jeuland, *Médiation et Arbitrage*, Litec, 2005, p. 219 ss.; WITT WIJNEN, *The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration Three Years On*, in *ICC Bulletin*, 2007, Special Supplement, *Independence of Arbitrators*, p. 107 ss.

dimensioni, con uffici in diverse parti del mondo , o sia stato nominato da una società appartenente ad un gruppo, cui fanno capo molteplici società controllate, con denominazioni e ragioni sociale diverse.

In queste ipotesi è infatti molto complicato per l'arbitro venire a conoscenza di tutte le potenziali situazioni di conflitto.

In ambito internazionale si è sviluppata la prassi per cui negli studi legali associati si procede ad un *conflict check*²⁷⁴, con il quale i soci possono individuare in via preventiva l'esistenza di un conflitto di interessi tra un potenziale cliente ed un soggetto assistito da un altro socio del medesimo studio²⁷⁵. Tale sistema fornisce un'iniziale quadro delle circostanze che possono influenzare l'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri, ma non certamente un quadro completo. Fatti, circostanze o relazioni possono verificarsi successivamente al *conflict check*.

Estendere l'obbligo di monitoraggio dell'arbitro fino all'esito della procedura e dunque alla pronuncia del lodo, non solo renderebbe il dovere eccessivamente gravoso, ma si presterebbe a ricorsi pretestuosi e dilatori ad opera delle parti.

Le *IBA Guidelines* forniscono un utile strumento per individuare i confini di tale dovere.

Tali linee guida propendono per un approccio flessibile e prudente che si basa sulla valutazione caso per caso e che tiene conto della natura, tempistica e scopo del lavoro svolto da altri soci dello studio legale cui fa parte l'arbitro.

Applicando tale criterio, nell'ipotesi in cui un socio di uno studio, di una sede distaccata e diversa, assista una delle parti dell'arbitrato in una causa successiva all'inizio della procedura, per un incarico di oggetto diverso e limitato nel tempo, si dovrebbe concretamente valutare se tale incarico è in grado di metter in dubbio l'imparzialità e l'indipendenza dell'arbitro e non considerare automaticamente rilevante tale situazione.

Nella seconda ipotesi in cui la parte in causa è una società che appartiene ad un gruppo di società molto esteso il problema è di ancora più difficile soluzione.

274 CLAY, *La consécration de la révélation*, in *Rev. Arb.*, 2009, n. 1, p. 191 ss.

275 Cfr. DI PAOLA – SABATINI, *L'obbligo di disclosure dell'arbitro: la Corte d'Appello di Parigi si schiera contro gli arbitri che fanno parte dei grandi studi associati*, op. cit., p. 186 ss.

Estendere l'obbligo dell'arbitro ad una valutazione dei potenziali conflitti relativi non solo alla società di appartenenza ma a tutte le società controllate o collegate rischierebbe di restringere drasticamente la scelta delle parti sulle persone tra cui nominare l'arbitro.

Inoltre, le compagini sociali di grandi società sono in costante e continua evoluzione per cui sarebbe irragionevole imporre all'arbitro l'obbligo di monitorare l'intera gamma delle società che fanno parte del gruppo.

Anche in questa ipotesi le *IBA Guidelines*, nello standard 6²⁷⁶, recepiscono un criterio flessibile e basato sulla valutazione caso per caso.

La giurisprudenza francese²⁷⁷ tuttavia non si è allineata ai criteri elaborati nelle *IBA Guidelines* e ha assunto un orientamento molto più rigoroso, considerando sufficiente l'esistenza di potenziali conflitti di interesse tra il presidente del collegio arbitrale e lo studio legale di cui fa parte per dichiarare il lodo nullo per irregolare costituzione del tribunale arbitrale.

Le corti francesi hanno ritenuto rilevante, dunque, il mero fatto che una sede qualsiasi dello studio legale di appartenenza dell'arbitro, avesse lavorato per una delle società parti dell'arbitrato o per una qualsiasi delle società appartenenti al gruppo.

Questo orientamento, se confermato nelle sentenze successive, potrebbe determinare un eccessivo aggravio sia dei costi degli arbitrati sia dei doveri degli arbitri stessi, costretti prima dell'accettazione di un incarico ad una verifica eccessivamente difficoltosa.

3.2 Effetti della violazione del *duty of disclosure*

La violazione di tale dovere da parte dell'arbitro può determinare l'annullamento del lodo pronunciato. La mera omissione di circostanze o

276 Lo standard 6, lett. a, *IBA Guidelines* dispone che: "The growing size of law firms should be taken into account as part of today's reality in international arbitration. There is a need to balance the interests of a party to use the arbitrator of its choice and the importance of maintaining confidence in the impartiality and independence of international arbitration. In the opinion of the Working Group, the arbitrator must in principle be considered as identical to his or her law firm, but nevertheless the activities of the arbitrator's firm should not automatically constitute a conflict of interest. The relevance of such activities, such as the nature, timing and scope of the work by the law firm, should be reasonably considered in each individual case. The Working Group uses the term 'involvement' rather than 'acting for' because a law firm's relevant connections with a party may include activities other than representation on a legal matter".

277 Cfr. Sentenza della Corte di Appello di Parigi 12 febbraio 2009, in *Dir. comm. Int.*, 2009, p. 179 ss.

relazioni che legano un arbitro ad una delle parti è di per se sufficiente a determinare dubbi sulla sua imparzialità²⁷⁸.

Tuttavia, l'orientamento oggi prevalente in ambito internazionale tende a limitare le ipotesi di annullamento del lodo arbitrale per una mancata rivelazione.

I tribunali francesi al contrario hanno assunto una posizione intransigente.

La giurisprudenza ha, infatti, annullato lodi arbitrali resi da collegi nei quali un arbitro aveva proceduto ad una dichiarazione soltanto parziale. Le corti hanno ritenuto sufficiente la scoperta di un legame anche minimo e secondario dell'arbitro con una delle parti non rivelato perché la sentenza venisse dichiarata invalida.

La violazione del dovere di rivelazione è stato in alcuni precedenti ricondotto alla violazione di una norma di ordine pubblico²⁷⁹, in altri alla violazione del diritto di difesa²⁸⁰.

In altre decisioni²⁸¹, probabilmente in modo più opportuno, si è lasciato al prudente apprezzamento del giudice verificare l'incidenza dell'omissione dell'arbitro sulla sua imparzialità e, dunque, sulla validità del lodo emesso tenendo conto di tutti gli elementi del caso concreto.

Una parte della dottrina²⁸² ha espresso parere contrario all'orientamento giurisprudenziale evidenziando che l'obbligo di rivelazione è uno strumento preventivo finalizzato a garantire l'indipendenza dell'organo giudicante, la cui violazione può esporre senza dubbio l'arbitro inadempiente a responsabilità, ma non vizia il lodo pronunciato. L'annullamento della sentenza arbitrale può essere determinato dalla violazione dell'obbligo di indipendenza, ma non dalla mera violazione del *duty of disclosure*. Tale

278 La violazione del dovere di *disclosure* è stata talvolta ritenuta come una responsabilità di natura contrattuale, altre volte di natura extracontrattuale dell'arbitro, a seconda se il contratto di arbitrato sia stato o meno formato. CLAY, op. cit., p. 339. Alcuni Autori considerano la responsabilità dell'arbitro derivante dalla mancata rivelazione nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, in quanto determina una violazione dei doveri morali dell'arbitro e ritengono pertanto il giudice privato sanzionabile ai sensi dell'art. 1382 c.c., per cui "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer". In questo senso HENRY, *Les obligations de indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récent*, op. cit., p. 243.

279 Corte di appello di Parigi, sentenza 12 novembre 1998, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 374; Corte di appello di Parigi, 12 gennaio 1999, *ibidem*, 1999, p. 381.

280 Corte di appello di Parigi, 13 marzo 1981, in *Rev. Arb.*, 1983, p. 83.

281 Corte di appello di Parigi, 28 ottobre 1999, in *Rev. Arb.*, 2000, p. 299; Corte di appello di Parigi, 12 gennaio 1996, *ivi*, 1996, p. 428.

282 In particolare HENRY, *Les obligations de indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récent*, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 223 – 224.

violazione può causare l'annullamento del lodo solo se le circostanze successivamente scoperte dalle parti mettono in dubbio la posizione terza dell'arbitro.

3.3 Ricusazione

La ricusazione è qualificata dalla dottrina francese come un rimedio successivo e repressivo alla parzialità dei giudici privati.

Infatti la ricusazione “*est bien un moyen curatif, et non préventif, pour assumer le respect de l'indépendance de l'arbitre*”²⁸³, di certo è pronunciata per *sauver* la sentenza, ma soprattutto per sanzionare l'arbitro che ha violato l'obbligo di indipendenza e imparzialità.

L'effetto della ricusazione è considerato, pertanto, curativo e non preventivo.

Di contrario avviso la dottrina italiana²⁸⁴, che considera la ricusazione tra i rimedi preventivi dell'imparzialità arbitrale. Infatti, tale strumento opera rimuovendo l'arbitro sospetto e sostituendo a questo un giudice privato imparziale, si può, dunque, affermare che attraverso tale strumento si preserva il principio di imparzialità e indipendenza.

L'art. 1457 n.c.p.c. stabilisce che l'arbitro ha l'obbligo di continuare il proprio incarico fino al termine dello stesso, termine che di solito coincide con la pronuncia della sentenza arbitrale. L'incarico dell'arbitro può, tuttavia, cessare prima di tale scadenza fisiologica in presenza di un impedimento, di una causa legittima di astensione o di dimissione. Le eventuali contestazioni sulla esistenza del motivo invocato saranno risolte dalla persona incaricata di organizzare l'arbitrato o, in assenza, dal giudice d'appello territorialmente competente.

3.4 Révocation e récusation

283 CLAY, op. cit., p. 359.

284 GIOVANNUCCI ORLANDI, *Ricusazione degli arbitri*, in A.A.V.V. *Arbitrato, Commentario*, a cura di Carpi, Bologna, 2007, p. 288.

L'art. 1458 n.c.p.c. prevede che la *révocation* dell'arbitro può essere effettuata solo con il consenso unanime delle parti. In assenza dell'unanimità di consensi, si procede applicando le disposizioni di cui all'art. 1456 n.c.p.c., per cui il contrasto tra le parti sarà risolto dall'istituzione che organizza l'arbitrato o, in assenza, dal giudice statale territorialmente competente.

Mentre la ricusazione può essere pronunciata laddove l'arbitro non sia indipendente e imparziale, la revocazione si basa su *manquement*, una *défaillance* o un *faute* dello stesso arbitro.

Il legislatore francese nonostante le differenze tra i due istituti prevede una disciplina comune per ricusazione e revocazione arbitrale.

In entrambi casi, infatti, le contestazioni tra le parti saranno decise dall'istituzione che organizza l'arbitrato o dal giudice statale.

Le relative istanze devono essere proposte al presidente del tribunale di grande istanza del luogo fissato dalla convenzione arbitrale o in mancanza del luogo ove ha sede l'arbitrato, ai sensi dell'art. 1459, comma terzo, n.c.p.c.

Il codice di procedura civile francese non disciplinava espressamente il termine entro il quale doveva essere presentata l'istanza di ricusazione arbitrale.

La giurisprudenza aveva considerato inammissibili le domande pervenute dopo la pronuncia del lodo. Talvolta si era circoscritto ulteriormente il termine disponibile, affermando che la ricusazione dell'arbitro “*ne peut être formée après la clôture des débats*”²⁸⁵.

Il nuovo testo dell'art. 1456, terzo comma, n.c.p.c. come modificato dal decreto 48/2011, introduce un termine di un mese per presentare le istanze di ricusazione e di revocazione dinanzi al giudice statale.

Tale termine non riguarda le domande presentate dinanzi all'istituzione che organizza l'arbitrato. Tuttavia, in applicazione del principio stabilito dall'art. 1466 n.c.p.c.²⁸⁶ anche tali istanze dovranno essere presentate *en temps utile*. Infatti, la mancata denuncia ad opera di una parte di una irregolarità dinanzi

285 CLAY, *L'arbitre*, Paris, 2001, p. 361 ss.

286 L'art. 1466 n.c.p.c. prevede che: “*La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir*”. La disposizione riprende quanto previsto nell'art. 33 del Regolamento arbitrale della CCI.

al tribunale arbitrale in tempo utile è interpretata come rinuncia.

La proposizione dell'istanza di ricusazione non determina l'automatica sospensione del procedimento arbitrale. Sebbene il legislatore francese non disciplini espressamente gli effetti della domanda di ricusazione sull'arbitrato, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario considera facoltativa la sospensione²⁸⁷.

Il procedimento arbitrale è, però, sospeso, salvo patto contrario, in caso di decesso, impedimento, astensione, dimissione, ricusazione o revocazione di un arbitro fino all'accettazione della nomina da parte del sostituto. Quest'ultimo deve essere designato secondo le modalità stabilite dalle parti o, in mancanza, con quelle con cui è stato nominato l'arbitro da sostituire²⁸⁸.

3.5 Cause di ricusazione

Nell'ordinamento giuridico francese manca una norma specifica che individui i motivi di ricusazione arbitrale, pertanto la giurisprudenza si è occupata a lungo del tema.

Sin dalla prima metà del XIX le corti francesi hanno fornito un'interpretazione estensiva del disposto dell'art. 1014 dell'*Ancien Code de Procédure Civile*, il quale sanciva che “*les arbitres ne pourront être récusés si ce n'est pour survenu depuis le compromis*”.

Le Corti, inoltre, avevano in più occasioni ritenuto opportuno estendere agli arbitri i motivi di ricusazione previsti per i giudici statali dall'art. 378 del vecchio codice di procedura civile.

Il sistema era stato oggetto di molteplici critiche in quanto, da un lato il profilo dell'arbitro veniva valutato con minor rigore, dall'altro il giudice privato non era ricusabile a priori ma solo per cause sopravvenute alla sua nomina²⁸⁹.

Ciò determinava una certa sfiducia nello strumento arbitrale, considerato meno garantista dei diritti della parti.

Una sostanziale modifica del regime è stata introdotta con il Decreto n. 80 –

287 Per i vari orientamenti si rinvia a CLAY, *op. cit.*, p. 360 ss.

288 Ciò è quanto previsto dall'art. 1473 n.c.p.c. che non è stato modificato dalla recente riforma arbitrale.

289 ROBERT, *Influence sur la validité de l'arbitrage des rapports antérieurs des arbitres avec les parties*, in *Rev. Arb.*, 1969, p. 44 ss.; DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Parigi, 1990, p. 22, n. 11.

354, relativo al diritto dell'arbitrato interno e con il Decreto n. 81 – 500 che ha disciplinato *ex novo* l'arbitrato internazionale.

Il legislatore francese non ha introdotto un generale obbligo degli arbitri di essere imparziali e indipendenti nello svolgimento della propria funzione, ma implicitamente e indirettamente ha introdotto tale obbligo.

Infatti, l'art. 1452, secondo comma, n.c.p.c.²⁹⁰ dispone che l'arbitro prima di accettare l'incarico deve informare le parti su ogni eventuale circostanza o causa di ricusazione che lo riguardi. Per tale ragione il successivo art. 1463 n.c.p.c. stabilisce che il giudice privato può astenersi o essere ricusato solo per un motivo che non sia stato rivelato tempestivamente o che sia sopravvenuto alla nomina stessa.

Le difficoltà applicative del sistema sono determinate dal fatto che la legge non definisce quali le circostanze in presenza delle quali l'arbitro deve informare le parti e la cui mancata informazione legittima la proposizione dell'istanza di ricusazione.

L'assenza nella normativa di un'elencazione di motivi che legittimino la ricusazione arbitrale ha indotto la giurisprudenza francese ad occuparsi del tema.

Un orientamento giurisprudenziale²⁹¹ ha ritenuto possibile colmare la lacuna legislativa rinviando all'art. 341 n.c.p.c. che disciplina le cause di ricusazione dei giudici statali. I giudici privati potrebbero essere ricusati solo ed esclusivamente per quelle cause tassativamente predeterminate per i giudici statali. In questo modo si imporrebbe anche per gli arbitri un sistema di ricusazione chiuso anche se non espressamente previsto *ex lege*.

Il rinvio alle cause di ricusazione dei giudici statali è stato giustificato sulla base della identità delle funzioni che questi ultimi e gli arbitri sono chiamati a svolgere, nonché sulla sicurezza e certezza che garantisce un sistema di cause predeterminate e tassative.

290 In seguito alla riforma del codice di procedura civile introdotta con il Decreto 2011 la disposizione è prevista nell'art. 1456, secondo comma. Il terzo comma dello stesso articolo prevede inoltre che “*En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux*”.

291 Corte di Cassazione 29 ottobre 1991, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 398; Corte di appello di Parigi, 19 novembre 1993, *ivi*, 1996, p. 419; Corte di appello di Parigi, 19 dicembre 1996, *ivi*, 1998, p. 162 – 163.

Di recente le corti francesi hanno condiviso un diverso orientamento²⁹², in cui si ribadisce con maggiore enfasi l'essenzialità del requisito di indipendenza e imparzialità degli arbitri e si afferma che tutte le circostanze che possono in alcun modo influenzare il giudizio dell'arbitro possono determinarne la ricusazione.

Questo orientamento ha trovato riscontro anche in dottrina²⁹³, che ritiene incongruo disciplinare la ricusazione arbitrale rinviando alle cause previste per i giudici statali. Innanzitutto nessun rinvio formale è previsto negli artt. 1452 e 1463 n.c.p.c. all'art. 341 n.c.p.c. previsto per i giudici pubblici e da tale assenza dovrebbe desumersi l'inapplicabilità di tale norma ai giudici privati.

In secondo luogo diversa è la matrice del potere di *ius dicere* dei due organi giudicanti.

Questo orientamento ha dato vita ad alcune sentenze in cui le corti francesi hanno addirittura escluso la possibilità di ricorrere o riferirsi alle cause di ricusazione dettate per i giudici statali.

Tuttavia ormai le corti²⁹⁴ ritengono che anche lo stesso art. 341 n.c.p.c. non contenga un elenco tassativo, ma meramente esemplificativo dei motivi di ricusazione del giudice statale per cui il dibattito ha perso gran parte dell'utilità pratica.

Infatti, se l'elencazione non è esaustiva per i giudici, certamente non potrebbe esserlo per gli arbitri. Cosicché le corti francesi oggi considerano ricusabile l'arbitro in presenza di circostanze che possono influenzare il suo giudizio e dovranno essere valutate caso per caso.

L'elenco di cui all'art. 341 n.c.p.c. può essere utilizzato solo come mera esemplificazione delle possibili cause di ricusazione dei giudici statali e privati.

In Francia, dunque, le cause di ricusazione arbitrale non costituiscono un *numerus clausus* e la giurisprudenza ne fornisce un'ampia casistica.

292 Tale orientamento è stato per la prima volta elaborato dalla Corte di appello di Parigi nella sentenza 23 marzo 1995, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 446, in cui si enuncia: "les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage".

293 FOUCHARD, *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*, op. cit., p. 349; HENRY, *Les obligations de indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente*, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 217 ss.

294 Corte di Cassazione, 28 aprile 1998, in *RTD civ.*, 1998, p. 744.

Tra le circostanze che possono determinare la ricusazione dell'arbitro è compresa la subordinazione dell'arbitro ad una delle parti. In questa categoria rientrano non solo le eccezionali ipotesi in cui l'arbitro sia dipendente di uno dei litiganti o abbia stipulato con una di esse contratti lavorativi ancora pendenti²⁹⁵, ma anche il caso in cui l'arbitro sia impiegato in una filiale della società diretta dall'arbitro²⁹⁶.

L'aver già conosciuto la causa in un procedimento anteriore mette altresì a rischio l'indipendenza arbitrale, sia quando il giudice privato abbia conosciuto della medesima controversia in altro grado del procedimento, sia quando abbia conosciuto di una causa connessa. In tale ultima ipotesi, la giurisprudenza francese²⁹⁷ considera ricusabile l'arbitro solo quando abbia espresso nell'altro procedimento una posizione avversa ad una delle parti, abbia ad esempio deciso in senso sfavorevole ad una delle parti nella prima istanza, relativamente ad una questione che interessa anche la seconda istanza. Per valutare l'incidenza che una simile circostanza può avere sull'indipendenza dell'arbitro occorre verificare se le cause di cui l'arbitro ha conosciuto sono tra loro indipendenti, in modo che la decisione dell'una non influenzi la decisione dell'altra.

La giurisprudenza francese si è occupata altresì della controversa figura dei cd. arbitri seriali ovvero di quei giudici privati che siano stati nominati dalla medesima parte in una pluralità di procedimenti arbitrali.

I giudici parigini²⁹⁸ non hanno considerato compromessa l'imparzialità del giudice privato nell'ipotesi in cui lo stesso avesse già statuito in un litigio della medesima natura fra un *franchiseur* ad un *franchisé*, e si trovasse ad essere arbitro in un altro procedimento tra lo stesso *franchiseur* ad un altro *franchisé*. In tale circostanza, le corti francesi hanno escluso addirittura l'obbligo di rivelazione del giudice privato su tale circostanza ritenuta irrilevante.

295 Voir Paris, 20 ottobre 1994, *Ricky c/ Warlaumont et UAP*, in *rev. Arb.*, 1996, p. 442; Paris, 2 luglio 1992, *Raoul Duval*, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 411.

296 Rouen, 28 ottobre 1998, *Jean Lion et Cie c/ Les Ets Gortzounian*, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 368.

297 Paris, 14 ottobre 1993, *Shérif Ben Nasser*, in *Rev. Arb.*, 1994, p. 380; Tribunale di Grande Istanza di Parigi, 26 maggio 1997, *Origny c/ Mouret*, inedita; Paris, 2 giugno 1989, *TAI, ESW IEC c/ SIAPE*, in *Rev. Arb.*, 1991, p. 87; Paris, 16 marzo 1978, *Inex Films c/ Universal Pictures*, in *Rev. Arb.*, 1978, p. 503.

298 Tribunale di grande istanza di Parigi, 17 febbraio 1999, *P. Volant c/ X.*, inedito. Cfr. HENRY, *Les obligations de indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récent*, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 209.

L'indipendenza dell'arbitro non può essere inficiata “*par le seul fait que l'arbitre ait, antérieurement, participé à un arbitrage similaire*”.

Inoltre, può essere ricusato l'arbitro che sia anche stato consigliere di una delle parti.

Il principio è stato affermato nella causa *L'Oreal*²⁹⁹ in cui l'arbitro unico esercitava l'attività di consulente finanziario presso una società del gruppo *L'Oreal* al momento della nascita della controversia e non aveva informato la controparte dell'esistenza di tale legame.

Anche l'esistenza di un legame di parentela tra l'arbitro ed il consigliere di una delle parti può mettere in dubbio l'indipendenza arbitrale e diventare valido motivo di ricazione.

Il dovere di imparzialità degli arbitri trova il suo termine fisiologico nella pronuncia del lodo. Con l'emanazione della sentenza arbitrale si chiude la procedura arbitrale e i giudici privati terminano il proprio incarico. Tuttavia alcuni comportamenti degli arbitri successivi alla pronuncia del lodo sono stati considerati, dalla giurisprudenza francese, rilevanti per verificare la violazione del dovere di imparzialità.

Un legame posteriore dell'arbitro con una delle parti può, infatti, rappresentare un valido indice dell'esistenza di un legame anteriore. Nel caso *Raoul Duval*³⁰⁰ i giudici francesi hanno considerato sufficiente ad influenzare l'imparzialità dell'arbitro la sussistenza di un legame con uno dei litiganti a prescindere dal momento in cui lo stesso è sorto. Nel caso di specie il rapporto lavorativo tra giudice privato e parte si era instaurato il giorno successivo a quello della emanazione del lodo, il che lasciava presupporre l'esistenza di trattative e di contatti anteriori tenutisi durante lo svolgimento della procedura arbitrale.

In successive sentenze³⁰¹ le corti francesi hanno temperato il rigore della precedente pronuncia considerando che laddove l'arbitro divenga consulente di una delle parti più di due anni dopo la pronuncia della sentenza arbitrale non si può presumere inficiata l'imparzialità dell'organo giudicante.

299 Paris, 9 aprile 1992, *L'Oreal*, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 483.

300 Corte di appello di Parigi, 2 luglio 1992, *Raoul Duval c/ Merkorla Sucden*, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 412.

301 Corte di appello di Parigi, 1 dicembre 1995, *Ministère de l'Agriculture d'Irak c/ Société Hochtief*, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 456.

4.1 Impugnazione del lodo

La *sentence arbitral* è l'atto conclusivo del procedimento arbitrale ed è disciplinata dal libro quarto del *Nouveau code de procédure civile*. Il lodo *dessaisit l'arbitre de la contestation qu'elle tranche*, come stabilito dall'art. 1485, e *a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche*, ai sensi dell'art. 1484 n.c.p.c.

Pertanto, l'emanazione della sentenza priva di ogni potere decisorio l'arbitro in relazione alla domanda o alla questione decisa, salvo le eccezioni previste dalla legge. Il giudice privato all'interno dello stesso procedimento non può validamente pronunciare una seconda sentenza sulla stessa controversia o sulla stessa questione già decisa, né può modificare o sanare la stessa sentenza pronunciata³⁰².

Il potere di giudicare degli arbitri ha carattere temporaneo e, in linea di principio, cessa con l'emissione del lodo, tuttavia l'art. 1485, secondo comma, n.c.p.c. prevede in via eccezionale un'estensione del suo incarico arbitrale dopo la pronuncia della sentenza.

Tale norma attribuisce agli arbitri il potere, attribuito ai giudici ordinari, di: interpretare la sentenza pronunciata; riparare agli errori e alle omissioni materiali in cui si è incorso; completare la pronuncia stessa in caso di omessa pronuncia su un capo della domanda³⁰³.

Questi poteri possono essere esercitati dal giudice privato su domanda congiunta delle parti, *simple requête*, o di una sola di esse, con un procedimento in contraddittorio, salvo il caso in cui sia stato proposto appello e non possono essere utilizzati per eventuali *extra petita* o *ultra petita*, per i quali sarà necessario procedere ad appello.

Nel caso di impossibilità di ricostituire l'organo arbitrale, questi poteri vengono esercitati dall'organo giurisdizionale che sarebbe stato competente a conoscere della controversia se non vi fosse stata la convenzione arbitrale.

302 GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, 2003, p. 234; MOREAU, *Le prononcé de la sentence arbitrale entraîne-t-elle le dessaisissement de l'arbitre?*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, p. 453 ss.

303 Prima della riforma del 1980 la mancanza di un'espressa disposizione di legge che riconosce il potere degli arbitri di interpretare o rettificare gli errori materiali del lodo pronunciato portava ad escludere la possibilità di attribuire loro un simile potere, anche alla luce del carattere temporaneo della loro funzione giudicante. Cfr. PERROT, *L'intrépretation des sentences arbitrales*, in *Reveu de l'arbitrage*, 1969, p. 7 ss.

Fin dalla sua emanazione la sentenza arbitrale ha l'*autorité de la chose jugée*³⁰⁴ solo relativamente alla parte della domanda decisa e non anche alla fissazione degli onorari degli arbitri.

Il sistema delle impugnazioni delle sentenze arbitrali nell'ordinamento giuridico francese è influenzato due interessi contrapposti: da un lato l'esigenza di prevedere degli strumenti che garantiscano alle parti la possibilità di un riesame della decisione arbitrale; dall'altro assicurare stabilità allo strumento arbitrale e, dunque, ai lodi emessi, ponendo condizioni e limiti all'impugnabilità degli stessi ed evitando che si trasformino in strumenti meramente dilatori.

Il contemperamento di tali interessi³⁰⁵ viene realizzato dal legislatore francese attraverso la previsione di un numero ridotto di mezzi di impugnazioni esperibili solo in presenza di motivi tassativamente ed espressamente previsti nel codice di procedura civile, nonché introducendo termini di decadenza abbastanza brevi, che evitano di prolungare senza motivo la procedura arbitrale.

Diversamente dal sistema di impugnazioni disciplinato per le sentenze statali, quello dettato per i lodi è finalizzato ad un controllo da parte dell'ordinamento statale a questa forma di giustizia privata. Pertanto lo scopo delle impugnazione non è tanto quello di offrire alle parti un secondo grado di giudizio in sostituzione del precedente, ma piuttosto di assicurare il rispetto di alcune forme e principi, la cui violazione potrebbe viziare l'intera

304 L'articolo 1476 n.c.p.c. prevede che “*la sentence arbitrale a dès qu'elle est rendue l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche*”. Con tale disposizione l'ordinamento francese ha posto fine ai dibattiti dottrinali sulla natura del procedimento arbitrale e ha chiarito la sua natura e la sua dualità non solo contrattuale ma altresì giurisdizionale. L'arbitrato è oggi considerato come una forma di giustizia alternativa a quella statale che si conclude con una decisione idonea ad acquisire autorità di cosa giudicata indipendentemente del provvedimento di *exequatur*. In ogni caso la sentenza arbitrale resta priva di quell'*imperium* tipico dei provvedimenti esecutivi, pertanto acquisirà forza esecutiva solo a seguito dell'*exequatur* del presidente del *Tribunale de Grande Instance*. GUYON, *L'arbitrage*, Paris, 1995, p. 63 ss.; GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, 1996, p. 1010 ss.; CESÀRO, *Il diritto dell'arbitrato in Francia e la sua influenza in Europa*, in *Riv. Dir. Impresa*, 1996, II, p. 451.

305 La situazione antecedente alla riforma era molto più complessa e caratterizzata da una molteplicità di mezzi proponibili avverso i lodi arbitrali, manifestazione di una certa sfiducia del legislatore verso lo strumento arbitrale. Cfr. LOUSSOUARN, *Les voies de recours dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage*, in *Rev. Arb.*, 1980, p. 671 ss., per il quale l'aspetto più rilevante della riforma consiste nella semplificazione del sistema *des voies de recours en matière d'arbitrage*, tale semplificazione è l'espressione di una reazione necessaria contro un sistema dove la complessità era divenuta intollerabile. Si veda anche CORNU, *Présentation de la Réform*, in *Rev. Arb.*, 1980, p. 583; FOUCHARD, *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, in *Rev. dr. int. comp.*, 1982, p. 29.

procedura³⁰⁶.

I mezzi di impugnazione sono disciplinati nel *Chapitre VI*³⁰⁷ del libro IV del nuovo codice di procedura civile francese.

In particolare, l'art. 1503, comma primo, n.c.p.c. stabilisce che la sentenza arbitrale non è suscettibile né di *opposition* né di *pourvoi en Cassation*, ma può essere impugnata attraverso l'*appel* ed il *recours en annulation*.

Per quanto riguarda i mezzi di impugnazione straordinaria, il lodo può essere impugnato con la *tierce opposition*, con la quale i terzi portatori di situazioni soggettive connesse eviteranno pregiudizi concreti, potendo tutelare i propri interessi non solo con un'autonoma azione di accertamento ma con effetti anche *inter partes*, e con il *recours en révision*, negli stessi casi e condizioni previsti per i giudizi ordinari.

Il sistema delle impugnazioni ordinarie avverso le sentenze arbitrali si articola in due rimedi essenziali: l'appello ed il ricorso di annullamento³⁰⁸.

La parte soccombente può presentare un'istanza di appello avente effetto devolutivo sul merito e volta a riformare la sentenza arbitrale laddove si eccepisca l'ingiustizia della decisione³⁰⁹ ovvero annullarla per vizi di procedura con un ricorso di annullamento.

La riforma del 2011 ha introdotto molteplici novità in relazione alle *voies de recours* e, in particolare, ha modificato il rapporto tra l'appello ed il ricorso di annullamento.

Il decreto del 1980 consentiva alle parti la possibilità di impugnare la sentenza arbitrale con l'appello, ma considerava tale rimedio rinunciabile.

La rinuncia poteva essere fatta nella stessa convenzione arbitrale e, quindi, anteriormente al sorgere della controversia ovvero successivamente alla stessa. Nel caso di rinuncia restava, comunque, esperibile il *recours en*

306 AMOROSI, *L'impugnazione per nullità della sentenza arbitrale nell'ordinamento francese*, in *Riv. Dir. proc.*, 2001, p. 104 ss.; RONDEAU – RIVIER, *Arbitrage. La sentence arbitrale*, in *Juris Classeur, Procédure Civile*, fasc. 1046, n. 4, p. 2 ss., Paris, 1996.

307 La riforma introdotta con il decreto del 13 gennaio 2011 ha riorganizzato la materia arbitrale, ma ha lasciato inalterate le norme relative alle *voies de recours* avverso i lodi. La materia prima disciplinata nel *Chapitre IV* è oggi contenuta nel Capitolo VI, titolo I, libro IV del codice di procedura civile francese.

308 La parte istante può modificare la qualificazione del mezzo di impugnazione esercitato fino al momento in cui la Corte di appello non sia stata adita, ossia fino a che non sia depositata in cancelleria la domanda di iscrizione a ruolo. Tale potere è espressamente attribuito dall'art. 1487 n.c.p.c. alla parte istante e non alla Corte di appello che non potrà d'ufficio modificare la qualificazione giuridica del mezzo esercitato dalla parte. Corte di Cassazione, 26 luglio 1985, in *J.C.P.*, 1985, IV, 307.

309 L'art. 1490 n.c.p.c. stabilisce infatti che "*L'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence*".

annulation, mezzo di impugnazione tipico dell'arbitrato a critica vincolata. Il ricorso era disciplinato come uno strumento residuale, sussidiario rispetto all'appello³¹⁰ ed esperibile solo laddove le parti avessero rinunciato all'appello e per le ipotesi tassativamente previste dal legislatore.

Questo sistema di *voies de recours* è stato invertito e semplificato.

L'art. 1489 n.c.p.c. prevede, infatti, che “*La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties*”. Le parti dovranno espressamente concordare la possibilità di appellare la sentenza arbitrale, in assenza di tale accordo l'unico rimedio esperibile sarà il *recours en annulation*. Questo rimedio è irrinunciabile ad opera delle parti e “*Toute stipulation contraire est réputée non écrite*”, come previsto dall'art. 1491, secondo comma, n.c.p.c.

4.2 *Recours en annulation*

Il *recours en annulation* è disciplinato negli artt. 1491 ss. n.c.p.c. e costituisce una *voie de recours* peculiare per l'arbitrato, non prevista per la giustizia ordinaria.

L'istanza di annullamento deve essere presentata dinanzi alla Corte di appello *dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue*, ai sensi dell'art. 1494 n.c.p.c.³¹¹

Il ricorso produce come effetto il mero annullamento della sentenza arbitrale pronunciata ma non attribuisce al giudice statale il potere di giudicare la questione *ex novo*. Il potere della corte di decidere il merito è previsto solo in presenza di due condizioni: che il lodo sia stato annullato e che la revisione del merito non sia contraria alla volontà delle parti, ai sensi dell'art. 1493 n.c.p.c.

Il ricorso può essere proposto al momento della pronuncia della sentenza e

310 La Corte di appello di Parigi, nella sentenza 26 maggio 1987, in *Rev. Arb.*, 1987, p. 509, ha sottolineato che la rinuncia all'appello era una condizione di proponibilità dell'impugnazione per nullità. Il frequente ricorso alla rinuncia all'appello ha fatto sì che il ricorso di annullamento fosse considerato la “*voie essentielle de contestation des sentences arbitrales*” da CORNU - FOYER, *Procédure Civile*, Paris, 1996, p. 761.

311 Gli artt. da 1494 a 1498 n.c.p.c. contengono le disposizioni comuni ad appello e ricorso di annullamento avverso le sentenze arbitrali che ne disciplinano i relativi procedimenti.

non oltre un mese dalla notificazione della stessa rivestita di *exequatur* dinanzi alla Corte di appello. Le parti possono, con concorde volontà, sottrarre alla corte di appello il potere di riesaminare il merito della controversia per fornirne una nuova risoluzione³¹². In tale ipotesi, le parti possono scegliere o di rimettere la causa ad un nuovo arbitro, o allo stesso arbitro o davanti ad un tribunale ordinario.

Il ricorso di annullamento ha carattere eccezionale come si evince dai vizi che possono essere fatti valere con tale mezzo di impugnazione.

L'art. 1492 n.c.p.c.³¹³ prevede le ipotesi in cui è possibile proporre il ricorso di annullamento, che riguardano la fase iniziale di costituzione del procedimento, lo svolgimento del procedimento e vizi formali dell'atto decisorio.

a) Vizi relativi alla competenza del tribunale arbitrale

L'art. 1492, al numero uno, prevede che il lodo può essere impugnato se “*Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent*”³¹⁴.

In questa prima categoria sono ricondotti i vizi di inesistenza e nullità della convenzione arbitrale.

Il primo vizio si verifica quando la sentenza arbitrale è stata resa in assenza di un convenzione arbitrale, come nell'ipotesi di difetto di consenso di una parte al ricorso all'arbitrato³¹⁵ o la mancanza di qualità d'arbitro del terzo

312 Tale possibilità sembra essere ripresa dall'art. 830 c.p.c. italiano con la differenza che tale disposizione ha ricevuto molte critiche, mentre in Francia apprezzamenti. La soluzione è considerata dalla dottrina francese utile per semplificare e abbreviare il più possibile il procedimento arbitrale. Cfr. PERROT, *Le droit français de l'arbitrage*, in Matray, de Leval, *L'arbitrage: travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruxelles, 1989, p. 253.

313 I vizi previsti dall'art. 1492 sono i seguenti: “1 *Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou*; 2 *Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou*; 3 *Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou*; 4 *Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou*; 5 *La sentence est contraire à l'ordre public ou*; 6 *La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix*”.

314 La riforma del 2011 ha semplificato l'elenco dei vizi in presenza dei quali è possibile annullare il lodo. Il primo caso previsto dall'art. 1484 del previgente testo, così formulato “*si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée*”, è stato modificato in “*Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent*”.

315 Paris, 13 gennaio 1984, in *Rev. Arb.*, 1984, p. 530. Il ricorso di annullamento per mancanza di convenzione arbitrale sarà esperibile per la parte che, all'inizio del procedimento, avrà contestato l'investitura dell'arbitro o si sarà rifiutata di partecipare al dibattito o di comparire davanti alla giurisdizione arbitrale.

designato dalle parti, trattandosi in realtà di un *expert* o di un *médiateur*³¹⁶.

La nullità della convenzione arbitrale è determinata dalla violazione delle norme richieste per la sua validità quali la capacità delle parti o l'arbitrabilità della lite.

Nell'ordinamento francese, l'art. 2060 c.c. nega la possibilità di devolvere la controversia ad arbitrato nel caso in cui la lite abbia ad oggetto una materia riguardante l'ordine pubblico. Pertanto, una convenzione arbitrale riguardante materia che interessi l'ordine pubblico può essere annullata con ricorso di annullamento. La giurisprudenza³¹⁷ ha però chiarito che la violazione della disposizione si verifica solo laddove venga violato l'ordine pubblico mentre non è sufficiente ad impedire il ricorso all'arbitrato il fatto che la materia sia disciplinata da una norma di ordine pubblico.

L'invalidità della convenzione arbitrale potrebbe anche essere successiva, per cui gli arbitri hanno deciso la controversia quando non ne avevano più il potere, poiché il patto compromissorio ha perso la sua originaria validità³¹⁸.

b) Irregolare composizione dell'organo arbitrale

In questo secondo motivo di nullità rientrano tutti i casi di irregolarità compiute nella costituzione dell'organo giudicante, relative sia alla composizione del tribunale, che alle qualità dell'arbitro.

La sentenza arbitrale può essere annullata quando sia stata resa da un arbitro designato in modo irregolare, ove non siano state rispettate le regole stabilite dalla legge o dalle parti nella convenzione³¹⁹, o nel caso di formazione di tribunale arbitrale formato da un numero pari di componenti³²⁰.

316 Roueu, 15 dicembre 1972, in *Rev. Arb.*, 1973, p. 170; Paris, 25 maggio 1985, in *Rev. Arb.*, 1989, p. 228; Paris, I, 2 febbraio 1988, in *Rev. Arb.*, 1989, p. 62.

317 Paris, 20 gennaio 1989, in *Rev. Arb.*, 1989, p. 280. Tale vizio non va confuso con quello disciplinato dal n. 5, ossia la violazione dell'ordine pubblico. Infatti in tale ipotesi rientrano le violazioni commesse dagli arbitri nello svolgimento dell'incarico arbitrale. Cfr. Corte di Cassazione, 13 dicembre 1978, in *Rev. Arb.*, 1979, p. 359.

318 Ciò si verifica quando ad esempio la clausola compromissoria abbia perso efficacia per il venir meno del contratto principale cui si riferiva, o anche quando il compromesso non abbia più valore per morte, ricazione o impedimento di uno degli arbitri o sia trascorso il termine fissato per la decisione. Tale termine può essere stabilito dalle parti convenzionalmente nel patto compromissorio, in assenza è di sei mesi dal giorno in cui l'ultimo arbitro ha accettato il proprio incarico. Cfr. Corte di Cassazione, 13 gennaio 1993, in *D.* 1993, p. 204; Corte di Cassazione, 27 ottobre 1982, in *Gaz. Pal.* 1981, I, p. 123; Corte di Cassazione, 5 aprile 1993, in *J.C.P.* 1993, IV, n. 1480.

319 Paris, 26 maggio, 1983, in *Rev. Arb.*, 1984, p. 390.

320 Paris, 18 novembre 1982, in *Rev. Arb.*, 1983, p. 197; Paris, 2 dicembre 1983, in *Rev.*

In ogni caso, qualsiasi contestazione³²¹ relativa alla composizione del tribunale deve essere eccepita all'apertura dell'udienza di discussione, in mancanza si presumerà che le parti vi abbiano rinunciato e abbiano accettato il vizio dell'organo giudicante³²².

Le irregolarità derivanti dalla violazione di norme stabilite convenzionalmente dalle parti determinano l'annullabilità del lodo solo laddove venga dimostrato il *caractère de gravité suffisant* della violazione stessa³²³.

c) *Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou*

In tale vizio sono ricondotte tutte quelle ipotesi di irregolarità compiute dagli arbitri nell'esercizio delle loro funzioni. In particolare vi rientrerebbe *le dépassement du délai d'arbitrage*. Il ritardo ingiustificato nella pronuncia del lodo integrerebbe infatti il mancato rispetto della missione conferita agli arbitri.

La violazione da parte degli arbitri di regole procedurali determina l'annullabilità del lodo. Pertanto, può essere impugnata la decisione degli arbitri pronunciata secondo equità ove fosse stato attribuito loro il compito di decidere secondo diritto. Al contrario l'arbitro che deve decidere come amichevole compositore non eccede i suoi poteri se applica per la decisione della controversia il diritto.

Gli arbitri, inoltre, devono decidere su ogni domanda delle parti ed esclusivamente su queste, sono le parti, infatti, a delimitare l'incarico e la missione arbitrale e a tali limiti gli arbitri devono attenersi. Il mancato rispetto dei limiti della convenzione arbitrale rende la sentenza annullabile e

Arb., 1985, p. 107.

321 L'art. 1461 n.c.p.c. prevede che ogni disposizione contraria alle regole stabilite nel capitolo II relativo alla composizione del tribunale arbitrale si intende come non scritta. Pertanto le convenzioni arbitrali non possono derogare a tali norme, ma violazioni delle stesse possono essere attuate nella prassi dalle stesse parti rinunciato ad impugnare la sentenza arbitrale per il mancato rispetto di tali previsioni. Tale vizio della sentenza non può infatti essere rilevato d'ufficio. Cfr. AMOROSI, *L'impugnazione per nullità della sentenza arbitrale nell'ordinamento francese*, op. cit., p. 120.

322 Toulouse, 16 novembre 1986, in *Rev. Arb.*, 1987, p. 175.

323 Cfr. RONDEAU – RIVIER, *L'Arbitrage*, in *Juris Classeur, Procédure Civile*, fasc. 1046, n. 42.

ricomprende il vizio sia di *ultra* che di *extrapetita*³²⁴. Al contrario laddove l'arbitro abbia omissso di decidere su alcune delle domande proposte dalle parti la sentenza non è annullabile ma integrabile. L'art. 1485 n.c.p.c.³²⁵ attribuisce agli arbitri, infatti, il potere di integrare la sentenza qualora non abbia deciso su tutte le domande, su istanza di una delle parti entro tre mesi dalla notifica della sentenza.

d) La violazione del principio del contraddittorio

L'arbitro è tenuto a rispettare e a far rispettare nella procedura arbitrale il principio del contraddittorio tra le parti litiganti, anche quando decide come amichevole compositore. Secondo la giurisprudenza³²⁶ affinché il principio del contraddittorio venga rispettato non è necessaria la comparizione delle parti dinanzi all'arbitro per un dibattimento orale, ma è sufficiente che ogni parte venga messa a conoscenza delle domande e delle prove della controparte e in condizione di replicare.

e) Contrarietà all'ordine pubblico

In questa categoria rientrano le violazioni, nella decisione della lite, di norme di ordine pubblico ad opera dell'arbitro stesso al quale è devoluta la risoluzione di una controversia arbitrabile. Il legislatore non può riconoscere alcun effetto ad una sentenza che non rispetta i principi generali dell'ordinamento giuridico. Vengono ricondotte a tale vizio le violazioni di norme riguardanti il funzionamento degli organi di società o relative alle

324 La giurisprudenza ammette tuttavia che la competenza degli arbitri si estenda alle questioni accessorie alla controversia oggetto della convenzione arbitrale, a condizione che esse risultino strettamente legate alla domanda originaria. Paris, 23 giugno 1983, in *Rev. Arb.*, 1984, p. 527; Corte di Cassazione, 15 febbraio 1968, in *Bull. Civ.*, II, n. 58.

325 L'art. 1485 n.c.p.c. stabilisce che:” *La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche. Toutefois, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Il statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées. Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni et si les parties ne peuvent s'accorder pour le reconstituer, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage*”.

326 Corte di Cassazione, 14 dicembre 1992, in *Bull. Civ.*, II, n. 308, p. 152; Corte di Parigi, 12 luglio 1971, in *Rev. Arb.*, 1973, p. 74.

operazioni di borsa³²⁷. Le corti francesi non ammettono il ricorso a tale motivo per le ipotesi di *dénaturation* da parte dell'arbitro degli atti sottoposti alla loro valutazione³²⁸.

f) Vizi di forma della sentenza arbitrale

La sentenza arbitrale a pena di nullità deve rispettare alcuni requisiti di forma, quali l'indicazione della motivazione, la data in cui è stata pronunciata, la menzione del nome degli arbitri e le sottoscrizioni degli stessi. L'assenza delle sottoscrizioni degli arbitri contrari alla decisione ed in minoranza non vizia la sentenza arbitrale se di tale opposizione si fa menzione nella stessa esplicandone le motivazioni.

I vizi elencati nell'art. 1492 n.c.p.c. non solo sono considerati tassativi ma vengono altresì interpretati dalla giurisprudenza in modo restrittivo. Le corti francesi³²⁹ infatti interpretano l'elenco in modo molto rigoroso limitandosi ad accogliere solo quelle ipotesi di vizi talmente gravi da violare diritti della difesa o regole di ordine pubblico.

Il ricorso deve essere proposto nel termine di un mese decorrente dalla notifica della sentenza arbitrale dinanzi alla Corte di appello territorialmente competente.

La Corte, esaminate le circostanze del caso può rigettare il ricorso, conferendo così automaticamente alla sentenza arbitrale l'*exequatur*, come previsto dal secondo comma dell'art. 1498 n.c.p.c.

Nel caso in cui invece la Corte accolga il ricorso, essa annulla la sentenza e decide nel merito la controversia. Tuttavia il potere della corte di giudicare il merito della controversia è subordinato alla condizione che la sentenza arbitrale venga annullata e che le parti non si siano opposte a tale esame.

L'art. 1493 n.c.p.c. autorizza infatti le parti a manifestare di comune

327 Paris, 28 gennaio 1985, in *Rev. Arb.*, 1988, p. 717; Corte di Cassazione, 20 febbraio 1991, in *Bull. Civ.*, II, n. 57.

328 Corte di Cassazione, 17 novembre 1976, in *Rev. Arb.*, 1977, p. 281; Corte di Cassazione, 9 dicembre 1981, in *Bull. Civ.*, II, n. 212.

329 Cfr. CRÉPIN – FOUCARD, *Les sentences arbitrales devant le juge français: pratique de l'exécution et du contrôle judiciaires depuis les réformes de 1980 – 1981*, Parigi, 1995.

accordo³³⁰ la volontà di non acconsentire all'autorità giudiziaria di giudicare il merito della controversia. L'impugnazione del lodo arbitrale assume così, in linea di principio, carattere sostitutivo, ma le parti possono trasformarla in un'impugnazione rescindente³³¹. La volontà contraria delle parti può essere manifestata in qualunque momento: nel compromesso, nella clausola compromissoria o successivamente.

Il procedimento si svolgerà secondo le norme e le forme previste dal codice di procedura civile per i procedimenti dinanzi alla Corte di appello.

Avverso la sentenza emessa è sempre possibile proporre ricorso per cassazione, secondo le norme del processo civile ordinario, considerato però che se gli arbitri hanno applicato il criterio dell'equità la corte non potrà esercitare alcun controllo sui motivi della decisione, limitandosi alla solo controllo dell'osservanza del rispetto dell'ordine pubblico.

4.3 Impugnazione del lodo emesso dall'arbitro parziale

La giurisprudenza francese, condividendo un orientamento ormai costante, ritiene che le sentenze pronunciate dall'arbitro parziale siano suscettibili di annullamento.

Mentre sull'astratta possibilità di annullare la sentenza le corti francesi non hanno manifestato dubbi, molte incertezze si riscontrano sull'individuazione del motivo di annullamento cui ricondurre la parzialità arbitrale.

330 MARINUCCI, *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2000, 4, p. 1327 ss.

331 Si distinguono le impugnazioni rescindenti, miranti alla ablazione della sentenza impugnata, e le impugnazioni sostitutive, miranti alla sostituzione della decisione impugnata con una decisione nuova. Le impugnazioni sostitutive vengono inoltre distinte in impugnazioni devolutive, come l'appello, e impugnazioni fondate su motivi determinati, che di regola provocano una iniziale fase rescindente seguita da una fase rescissoria. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, p. 167 ss.; P. D'ONOFRIO, voce *Gravami*, in *Nuovo dig. it.*, VI, 1938, p. 488 s.; NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, I, Milano, 1960, p. 125 ss.; CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili, struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 109 ss.; CERINO CANOVA - CONSOLO, voce *Impugnazioni*, I, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1993, p. 7; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, p. 274 ss.; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 1998, p. 367; E. F. RICCI, voce *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, I) *Diritto processuale civile*, XII, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 4 ss.

In alcune sentenze³³² la parzialità dell'arbitro è stata considerata causa di nullità della convenzione arbitrale, pertanto, si è ammessa l'impugnazione del lodo ai sensi dell'art. 1484, n. 1, n.c.p.c., prima della recente riforma del 2011.

Le Corti in altri precedenti³³³ hanno ricondotto l'assenza di imparzialità del giudicante al vizio di cui all'art. 1484, n. 2, ovvero alla irregolare composizione del tribunale arbitrale.

Talvolta si è ritenuto che il vizio determini una violazione del principio del contraddittorio³³⁴, ai sensi dell'art. 1484, n. 4, n.c.p.c. o del diritto di difesa³³⁵ delle parti all'interno della procedura arbitrale.

In altre sentenze³³⁶, invece, il principio di imparzialità dell'organo giudicante è stato considerato come principio di ordine pubblico, la cui violazione determina l'annullabilità del lodo emesso ai sensi dell'art. 1484, n. 5, n.c.p.c.

Infine, la giurisprudenza³³⁷ ha in alcune pronunce fatto ricorso ai fini dell'annullamento del lodo alla figura dell'errore – vizio del consenso sulla persona dell'arbitro.

Le corti francesi, dunque, al fine di tutelare le parti dal rischio di sentenze arbitrali pronunciate da arbitri parziali ha fatto ricorso a quasi tutti i motivi di impugnazione previsti dall'art. 1484 n.c.p.c. creando così dubbi e incertezze applicative.

Una parte della dottrina³³⁸ ha richiamato l'attenzione sulla necessità di introdurre un regime sanzionatorio uniforme della violazione dell'obbligo di imparzialità ed è giunta alla conclusione che tale violazione sia da ricondurre all'unico motivo di cui all'art. 1484, n. 3, n.c.p.c. mai considerato dalla giurisprudenza: ovvero “*Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée*”. L'arbitro, infatti, al momento dell'accettazione dell'incarico arbitrale assume nei confronti delle parti l'obbligo di decidere la controversia in modo indipendente ed imparziale e la

332 Corte di appello di Parigi, 9 aprile 1992, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 483.

333 Corte di appello di Parigi, 12 gennaio 1999, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 381.

334 In tal senso Corte di appello di Parigi, 20 ottobre 1994, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 442.

335 Corte di appello di Parigi, 13 marzo 1981, in *Rev. Arb.*, 1983, p. 83; Corte di appello di Parigi, 20 novembre 1997, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 329. In dottrina, MOREAU, *La sanction du défaut d'indépendance d'un arbitre par rapport à une partie*, in *Rev. Arb.*, 1983, p. 86 ss.

336 Corte di appello di Parigi, 23 marzo 1995, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 446.

337 Corte di Cassazione, 16 luglio 1964, in *Rev. Arb.*, 1964, p. 125.

338 CLAY, *L'arbitre*, Paris, op. cit., p. 374 ss.

violazione di tale obbligo causa un inadempimento della propria missione. Altre voci dottrinali³³⁹ al contrario hanno ricondotto la parzialità dell'arbitro al motivo di cui all'art. 1484, n. 2, n.c.p.c., ai sensi del quale la sentenza arbitrale è annullabile se “ *Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué*”.

La giurisprudenza però non ha chiarito in modo netto quale sia il rapporto tra istanza di ricusazione rigettata e ricorso per annullamento del lodo arbitrale, per le stesse motivazioni.

Tuttavia, in modo indiretto si può ricavare dalle sentenze francesi³⁴⁰ il principio per cui la parte non soddisfatta dell'esito di una procedura arbitrale, difficilmente potrà chiedere l'annullamento di un lodo sulle stesse circostanze che aveva tardivamente invocato durante il procedimento arbitrale per ottenere la sostituzione dell'arbitro, senza successo³⁴¹.

Il ricorso d'annullamento non è considerato in Francia per il ricorrente una seconda istanza in seguito all'infruttuoso tentativo di ricusazione³⁴². In realtà, secondo la corte d'appello di Parigi³⁴³ una decisione giudiziaria che rigetta la domanda di ricusazione ha irrevocabilmente statuito sull'indipendenza dell'arbitro e la questione non può, dunque, più essere giudicata attraverso il ricorso di annullamento salvo rivelazioni di nuovi elementi.

Diversa è la conclusione delle corti francesi nell'ipotesi in cui a decidere

339 JARROSSON, *Quelques précisions sur la qualification de sentence arbitrale et l'indépendance de l'arbitre*, in *Rev. Arb.*, 1986, p. 62 ss.

340 Corte di Cassazione, 4 novembre 2010, in *Rev. Arb.*, 1, 2009, p. 190 ss. Nel caso di specie J&P Avax impugnava il lodo per irregolare costituzione del tribunale arbitrale in quanto il presidente del collegio non aveva rivelato alle parti che un partner del suo studio dava assistenza, in materia estranea all'oggetto della controversia, ad una società francese collegata alla controparte. La Corte di appello adita accoglieva il ricorso di annullamento considerando i fatti provati sufficienti ad inficiare l'indipendenza dell'organo giudicante. La controparte impugnava la sentenza con ricorso per Cassazione. La corte annullava la decisione della corte di appello per snaturamento dei fatti in violazione dell'art. 4 n.c.p.c., in quanto la Corte di appello aveva erroneamente ritenuto che i fatti invocati dalla società per chiedere l'annullamento non le fossero noti quando aveva ricusato l'arbitro innanzi alla corte CCI. Pertanto i fatti invocati per annullare il lodo erano identici a quelli utilizzati per chiedere, senza successo, la ricusazione del presidente del collegio.

341 Cfr. DI PAOLA, *Parigi è frequente sede di arbitrati internazionali ma la Cassazione francese spreca l'occasione di chiarire il rapporto tra (vana) ricusazione d'arbitro e posteriore annullamento di lodo, causati dagli stessi fatti*, in *Dir. comm. Int.*, 2011, p. 133 ss. L'A. Critica che la poca chiarezza espressa nella sentenza dalla Cassazione francese, dalla quale è tuttavia possibile ricavare per induzione il principio per cui il mancato rispetto dei termini per la ricusazione di un arbitro implica acquiescenza o rinuncia della parte con preclusione definitiva ad avvalersene in futuro anche ai fini di un tentativo di annullamento del lodo sugli stessi fondamenti fattuali della tardiva ricusazione.

342 Paris, 6 aprile 1990, *Philipp Brothers*, in *Rev. Arb.*, 1990, p. 880.

343 Paris, 20 ottobre 1994, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 442.

sulla ricusazione arbitrale sia l'istituzione arbitrale e non il giudice statale. Infatti laddove un'istituzione arbitrale rifiuti di ricusare un arbitro, tale decisione non impedisce alla corte statale di giudicare sull'indipendenza degli arbitri dopo la pronuncia della sentenza.

Il giudice statale non può rinunciare al controllo a posteriori della regolarità della sentenza, né delegare tale potere ad un organismo privato.

Il difetto di indipendenza ed imparzialità dell'arbitro non potrà validamente formare oggetto di ricorso di annullamento del lodo se la situazione criticata era conosciuta dalla parte ricorrente prima della pronuncia della sentenza e non ha proceduto alla domanda di ricusazione³⁴⁴. Il mancato ricorso allo strumento della ricusazione è considerato come una rinuncia a far valere tali irregolarità.

5.1 Profili di responsabilità degli arbitri

Il legislatore francese non ha disciplinato espressamente il tema della responsabilità arbitrale di cui si è occupata largamente la giurisprudenza.

Le corti francesi hanno prevalentemente escluso la responsabilità dei giudici privati per aver mal giudicato.

Il rapporto che lega gli arbitri alle parti è di natura contrattuale e spesso ricondotto ad un mandato, pertanto, potrebbe ritenersi che la responsabilità degli arbitri debba essere ricondotta a quanto previsto dagli articoli 1142 e 1147 c.c. Tuttavia, la giurisprudenza francese considera la posizione dell'arbitro ben diversa da quella di un semplice mandatario, in quanto particolare e specifica è la funzione che è chiamato a svolgere ovvero di *ius dicere*.

Cosicché le corti da un lato escludono la possibilità di ricorrere alle norme del mandato in quanto l'arbitro non è qualificabile come mandatario, dall'altro escludono la minaccia di azioni di responsabilità nei confronti dell'arbitro per aver mal giudicato, la cui astratta possibilità toglierebbe serenità al giudizio dello stesso.

Gli eventuali errori di diritto potranno essere fatti valere dalle parti

344 Paris, 10 maggio 1994, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 66; Paris, 12 gennaio 1995, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 72.

attraverso il ricorso di annullamento del lodo arbitrale.

La giurisprudenza riconosce la responsabilità dell'arbitro per alcune colpe gravi.

Tra le ipotesi vi rientra la dissimulazione dei legami con una delle parti. L'arbitro ha infatti l'obbligo di informare le parti di tutte le circostanze che possono mettere in dubbio la propria indipendenza, l'eventuale violazione di tale obbligo espone l'arbitro a responsabilità ed al risarcimento dei danni subiti dalle parti per tale ragione³⁴⁵.

Dubbi si riscontrano in giurisprudenza sulla qualificazione di tale responsabilità, talvolta considerata di natura extracontrattuale, altra invece contrattuale in relazione alle circostanze concrete.

Altra ipotesi di responsabilità arbitrale è ricondotta al caso di *faute lourde équipollente au dol*. L'arbitro risponderà dei danni provocati alle parti nel caso in cui vi sia la prova di una frode, di un dolo o di una colpa grave³⁴⁶. In particolare, la giurisprudenza ritiene che la colpa grave sia quella commessa sotto l'influenza di un errore talmente grossolano in cui un magistrato *normalement soucieux de ses devoirs n'y eût pas été entraîné*³⁴⁷.

A questa fattispecie viene ricondotto il caso in cui l'arbitro lasci scadere il termine per l'emissione del lodo in assenza di circostanze esoneratorie o attenuanti³⁴⁸ ovvero rinunci all'incarico in difetto di giustificati motivi, paralizzando così la procedura arbitrale³⁴⁹.

In questa materia la giurisprudenza francese ha mostrato una profonda prudenza restringendo le ipotesi di responsabilità arbitrale alle ipotesi di vero e proprio diniego di giustizia, in quanto la banalizzazione della colpa grave rischia di rendere fragile lo strumento arbitrale più che l'arbitro.

345 Paris, 2 luglio 1992, *Raoul Duval*, in *Rev arb.*, 1996, p. 411; Paris, 9 aprile 1992, *L'Oreal*, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 483.

346 Come affermato dal Tribunale di Grande Istanza di Parigi, 13 giugno 1990, cit., ove si richiede la "*preuve d'une fraude, d'un dol ou d'une faute lourde*".

347 Corte di Cassazione, 20 febbraio 1996, in *Bull. Civ.*, I, n. 94, p. 63.

348 Tribunale di Grande Istanza di Parigi, 29 novembre 1989, *République de Guinée*, *Rev. Arb.*, 190, p. 525.

349 Tribunale di Grande Istanza di Parigi, 15 febbraio 1995, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 503.

CAPITOLO III:
**L'IMPARZIALITÀ DELL'ARBITRO NELL'ORDINAMENTO
GIURIDICO TEDESCO**

1.1 L'istituto arbitrale. 2.1 Gli arbitri. 2.2 La costituzione del tribunale arbitrale. 2.3 Capacità di essere arbitro. 3.1 Composizione del collegio arbitrale. 3.2 Nomina ad opera della Corte d'Appello. 4.1 Indipendenza ed imparzialità dei giudici statali. 4.2 Indipendenza ed imparzialità degli arbitri. 4.3 Tutela della parte debole. 4.4 Arbitrato multiparti. 4.5 *Duty of disclosure*. 5.1 Ricusazione. 5.2 Motivi di ricusazione. 5.3 Le qualifiche convenute dalle parti. 5.4 Procedimento di ricusazione. 5.5 Cessazione dell'incarico arbitrale. 5.6 Nomina del sostituto. 6.1 Impugnazione del lodo. 6.2 Correzione, interpretazione e integrazione del lodo. 6.3 Ricorso per annullamento *ex par.* 1059 ZPO. 6.4 Effetti dell'impugnazione. 6.5 Profili di responsabilità degli arbitri.

1.1 L'istituto arbitrale

L'origine dell'istituto arbitrale in Germania³⁵⁰ risale ai secoli XIII e XIV, nel corso dei quali si consentiva ai privati di interrompere un procedimento iniziato dinanzi ai giudici statali per devolverlo ad un tribunale arbitrale. Al lodo era riconosciuta efficacia di sentenza ed il procedimento poteva svolgersi in presenza di un *Buerge*, garante. La disciplina dell'arbitrato risentiva dell'influenza sia del diritto canonico che di quello romano.

Nel XII secolo iniziò a svilupparsi l'istituto del *Verfahrenskompromiss*, “compromesso sul procedimento”, che permetteva ai litiganti di rivolgersi al giudice statale ma di richiedere l'emissione della decisione in base alle regole e ai meccanismi del procedimento arbitrale.

L'arbitrato è stato però disciplinato legislativamente per la prima volta nello *Zivilprozeßordnung* del 1877³⁵¹ ed è stato oggetto di modifica ad opera della legge 22 dicembre 1997, entrata in vigore il primo gennaio del 1998³⁵².

350 Cfr. RESS, *Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, in *The Arbitration – L'arbitrato – Le arbitrage – El arbitrage – A Arbitragem – Das Schiedsgerichtsverfahren*, Milano, 1991, p. 337 ss.

351 In particolare nel libro decimo del codice di procedura civile tedesco, *Zivilprozeßordnung*. La materia è stata poi oggetto di diverse riforme: nel 1924 venne introdotta la dichiarazione di esecutorietà del lodo da parte del giudice statale; la novella del 1986 dettò specifiche formalità per la valida emissione del lodo. Cfr. RECCHIA, *Riforme legislative straniere sull'arbitrato, Parte I*, in *Riv. Arb.*, 1991, p. 178.

352 *Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrens (Schieds VfG)* del 22 dicembre 1997,

L'ordinamento tedesco distingue due forme di arbitrato: l'arbitrato in senso stretto, “*echte Schiedsgerichte*”, quando è fondato su un atto di autonomia negoziale (contratto, promessa al pubblico, disposizioni testamentarie o statutarie), e l'arbitrato in senso lato, “*unechte Schiedsgerichte*”. In questa seconda³⁵³ forma di arbitrato, la competenza dei giudici privati dipende da un atto legislativo che ne regola anche la procedura.

Le figure di arbitrato di matrice negoziale si distinguono a loro volta in: *vertragliche e ausservertragliche Schiedsgerichte*, i primi sono fondati su atti di natura contrattuale, i secondi su atti di natura extracontrattuale³⁵⁴.

Gli arbitrati fondati su rapporti contrattuali possono trovare il loro fondamento in un compromesso, “*Schiedsvertrag*” o “*Schiedsabrede*”, nel caso in cui si riferiscano ad una lite presente, o in una clausola compromissoria, “*Schiedsklausel*”, se finalizzati alla risoluzione di controversie future³⁵⁵, come previsto dal par. 1029 ZPO³⁵⁶. Non tutte le controversie possono formare oggetto di un compromesso o di una clausola

in *BGBI*, I, p. 3224. La legge di riforma dell'arbitrato ha radicalmente cambiato la disciplina tedesca dell'arbitrato. Quest'ultima riprende in larga parte la Legge Modello UNCITRAL del 1985. La *ratio* della riforma è di modernizzare lo strumento arbitrale cercando di renderlo più attraente per la risoluzione delle controversie commerciali in ambito internazionale. In particolare, la riforma ha modificato anche molti aspetti dello svolgimento della procedura arbitrale. Le novità sono volte ad aumentare la certezza del diritto per le parti coinvolte nel procedimento arbitrale. Cfr. SANGIOVANNI, *Le fasi iniziali del procedimento arbitrale tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, I, p. 533 ss.

353 Si tratta quindi di forme di arbitrato espressamente previste da atti legislativi, in relazione alle quali non trovano applicazione le norme dettate dal codice di procedura civile, se non espressamente richiamate nell'atto medesimo.

354 Gli arbitrati cd. extracontrattuali sono giudizi fondati sulla base di: promesse al pubblico, per la risoluzione delle controversie tra promittente e soggetto che afferma essere nella situazione o di aver compiuto l'azione cui il primo aveva subordinato la propria prestazione; atti testamentari, per le controversie sorte tra gli eredi e tra questi e i legatori in occasione dell'apertura della successione; atti statutari, per le controversie che insorgono tra l'ente collettivo ed i soggetti che ne fanno parte. Cfr. SOMMA, *L'arbitrato interno nell'ordinamento tedesco*, in *Riv. Arb.*, 1995, p. 153 ss.; ID., *L'istituto arbitrale nel diritto tedesco: spunti introduttivi*, in *Vita Notarile*, 1994, 2, p. 1055 ss.

355 La distinzione non ha alcuna rilevanza pratica. La natura giuridica della convenzione arbitrale è molto discussa. La giurisprudenza di legittimità (RG 9 marzo 1934, in *RGZ*, 1934, p. 96 ss.; BGH, 28 novembre 1963, in *BGHZ*, 1964, p. 320 ss.) è orientata a considerare il compromesso come un contratto di diritto sostanziale seppur relativo ad oggetto di diritto processuale. Parte della dottrina (SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, 1935, p. 105 ss.; JAUERNING, *Zivilprozessrecht*, Monaco, 1991, p. 327 ss.) è di contrario avviso e, ritenendo prevalente l'aspetto processuale della devoluzione della controversia da giudice statale ad arbitro, qualifica il compromesso come *Prozessvertrag*.

356 Il par. 1029 ZPO prevede infatti che:“(1) *Schiedsvereinbarung ist eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen.*(2) *Eine Schiedsvereinbarung kann in Form einer selbständigen Vereinbarung (Schiedsabrede) oder in Form einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) geschlossen werden*”.

compromissoria. Sono compromettibili tutte le liti aventi carattere patrimoniale, nonché le controversie aventi carattere non patrimoniale in quanto transigibili, ai sensi del par. 1030 ZPO³⁵⁷. Non possono pertanto comprometersi le controversie relative a posizioni indisponibili³⁵⁸, come si desume dal par. 779 Bürgerliches Gesetzbuch³⁵⁹ che definisce il contratto di transazione³⁶⁰. Il legislatore tedesco sancisce, inoltre, l'invalidità degli accordi compromissori aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo.

La conclusione di un compromesso produce il duplice effetto di rendere improponibile l'azione innanzi all'autorità giudiziaria e di devolverne la conoscenza a un tribunale arbitrale. Il giudice privato potrà risolvere la controversia applicando le regole di diritto o facendo ricorso al criterio dell'equità. Nessuna norma dell'ordinamento tedesco impone, infatti, all'arbitro l'utilizzo del criterio di diritto nella risoluzione delle controversie. Nel silenzio della legge, la scelta del criterio di giudizio viene rimessa all'autonomia delle parti, che potranno nella convenzione richiedere all'arbitro una decisione *ex aequo et bono*³⁶¹.

La naturale conclusione del procedimento arbitrale si verifica con la pronuncia del lodo da parte dell'arbitro o del collegio arbitrale, che decide definitivamente sull'oggetto della lite o su parte di esso. Al lodo è

357 La previgente disciplina stabiliva la compromettibilità solo delle controversie transigibili e in cui la scelta della via arbitrale non fosse determinata da superiorità economica o sociale di una delle parti, ex par. 1025, comma secondo ZPO. La valutazione dell'abuso di una parte a danno dell'altra veniva compiuta tenendo conto di tutti i rapporti tra le parti, nonché le circostanze relative al caso concreto.

358 Il par. 1030, primo comma, ZPO chiarisce che una convenzione arbitrale avente ad oggetto pretese non patrimoniali ha efficacia giuridica solo laddove le parti siano legittimate a concludere una transazione sull'oggetto della controversia, stabilendo che "(1) *Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen*".

359 Il par. 779 BGB definisce il contratto di transazione come: "(1) *Ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich), ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde. (2) Der Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist.*"

360 La transigibilità, e di conseguenza anche la compromettibilità, è esclusa per quelle controversie aventi ad oggetto rapporti nulli per violazione di una norma di legge, ex par. 134 BGB, o per contrarietà al buon costume, ex par. 138 BGB. Cfr. ROSENBERG – SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, Monaco, 1993, p. 1075 ss.

361 La scelta del criterio dell'equità deve essere espressa o desumersi senza dubbio dal testo della convenzione arbitrale, in caso contrario e nel dubbio si ritiene che le parti abbiano convenuto un arbitrato di diritto, come si desume dal par. 1051, comma terzo, ZPO. Cfr. SCHWAB – WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar*, Monaco, 1990, p. 163 ss.

espressamente attribuita dal par. 1055 ZPO autorità di cosa giudicata, tuttavia l'esecutorietà della decisione dipende da un'ulteriore attività del giudice ordinario e precisamente segue ad un procedimento di cognizione presso la pretura o il tribunale competente³⁶².

2.1 Gli arbitri

Con l'accettazione dell'incarico³⁶³, l'arbitro si obbliga a svolgere tutte le attività necessarie al fine di risolvere la controversia che gli è stata devoluta nel minor tempo possibile e nel rispetto delle norme processuali all'uopo dettate.

Molti sono i doveri, previsti dalla ZPO, che l'arbitro è tenuto a rispettare nel corso della procedura arbitrale³⁶⁴.

L'arbitro è *in primis* tenuto ad essere imparziale e indipendente durante l'intero svolgimento dell'arbitrato. A tal fine il par. 1036 ZPO³⁶⁵ prescrive il cd. *duty of disclosure*, cioè l'obbligo del giudice privato di manifestare alle

362 Il procedimento è disciplinato dai par. 1060 e ss. ZPO e viene introdotto ad iniziativa del compromittente che intende far valere la decisione arbitrale. L'istanza per la dichiarazione di esecutività deve essere respinta, annullando il lodo arbitrale, se ricorre uno dei motivi di annullamento di cui al par. 1059, comma secondo, ZPO. I motivi di annullamento non devono però essere tenuti in considerazione se al momento della notifica dell'istanza per la dichiarazione di esecutività è stato respinto con sentenza passata in giudicato un ricorso per annullamento fondato sugli stessi motivi o se sono scaduti i termini di cui al par. 1059, comma terzo, ZPO.

363 La natura del rapporto contrattuale che si instaura tra arbitri e parti in seguito all'accettazione dell'incarico non è disciplinata dal codice di procedura civile tedesco. Le norme che regolano tale rapporto devono essere cercate nel codice civile. Il contenuto del rapporto contrattuale tra arbitri e litiganti risulta dal documento scritto che è eventualmente predisposto. In caso contrario e, comunque, laddove vi siano delle mancanze nell'accordo delle parti, si applicano le norme contenute nel BGB relative al contratto di servizio, *Dienstvertrag*, par. 611 ss. BGB, oppure al mandato, *Auftrag*, par. 662 ss. BGB. Il suddetto rapporto non configura però nel diritto tedesco un contratto tipico. Per la costituzione del rapporto contrattuale non sono richieste forme particolari. L'incarico arbitrale può essere svolto verso un corrispettivo o a titolo gratuito. Nella seconda ipotesi il rapporto viene qualificato come mandato gratuito. Nella prima ipotesi come contratto di servizio. Cfr. SANGIOVANNI, *Il rapporto contrattuale tra gli arbitri e le parti nel diritto tedesco*, in *I contratti*, 8 -9, 2005, p. 827 ss.

364 Cfr. KLAUS PETER BERGER, *Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit – The New German Arbitration Law*, Köln, 1998.

365 Il par. 1036 ZPO dispone che:“(1) Eine Person, der ein Schiedsrichteramt angetragen wird, hat alle Umstände offen zu legen, die Zweifel an ihrer Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können. Ein Schiedsrichter ist auch nach seiner Bestellung bis zum Ende des schiedsrichterlichen Verfahrens verpflichtet, solche Umstände den Parteien unverzüglich offen zu legen, wenn er sie ihnen nicht schon vorher mitgeteilt hat.(2) Ein Schiedsrichter kann nur abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, die berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit aufkommen lassen, oder wenn er die zwischen den Parteien vereinbarten Voraussetzungen nicht erfüllt. Eine Partei kann einen Schiedsrichter, den sie bestellt oder an dessen Bestellung sie mitgewirkt hat, nur aus Gründen ablehnen, die ihr erst nach der Bestellung bekannt geworden sind”.

parti tutte le circostanze che possano far sorgere dubbi sulla propria imparzialità e indipendenza.

Il giudice privato è obbligato ad informarsi e a prepararsi adeguatamente per poter gestire il procedimento arbitrale, nonché ad informare le parti sullo stato della procedura. Nel caso di pagamento di acconti, l'organo giudicante è tenuto a certificare, con una documentazione, l'avvenuto versamento ed è tenuto a trasferire immediatamente le somme percepite e destinate ad uno dei litiganti. L'arbitro con l'accettazione dell'incarico assume inoltre l'obbligo di riservatezza, di non divulgare le informazioni e i dati di cui sia venuto a conoscenza a causa del suo ruolo. Coperte dal segreto professionale sono in particolare tutte le notizie relative alle deliberazioni e al contenuto del lodo. Mentre nel processo statale il dovere di segretezza del giudice³⁶⁶ è inderogabile, nell'arbitrato le parti possono convenzionalmente esonerare l'arbitro da tale obbligo. All'autonomia negoziale dei litiganti è riconosciuto, infatti, il potere di stabilire e scegliere quali informazioni debbano rimanere segrete e quali possano essere divulgate.

L'ufficio dell'arbitro è considerato di natura strettamente personale, *höchstpersönlich*. L'arbitro non può delegare a terzi né il compimento dell'incarico, né il compimento di singoli atti relativi alla sua funzione³⁶⁷. L'intrasferibilità dell'ufficio arbitrale trova il suo fondamento nella circostanza per cui i contraenti, nella formazione del collegio arbitrale, hanno scelto delle persone con determinate e specifiche caratteristiche professionali ed umane, che altre non posseggono. Il rapporto di fiducia che lega le parti agli arbitri non può essere trasposto nei confronti di altri soggetti.

Al giudice privato sono riservati altresì poteri e diritti. Il par. 1040 ZPO³⁶⁸

366 Tale dovere è disposto dal par. 43 DRiG.

367 Se si qualifica il rapporto tra parti ed arbitri alla stregua di un contratto di servizio trova applicazione il par. 613 BGB, che prevede che il soggetto obbligato al servizio deve, nel dubbio, prestarlo personalmente. Se, al contrario, il rapporto si qualifica come contratto di mandato si applica il par. 664 BGB, ai sensi del quale il mandatario non può trasferire a terzi l'obbligo di eseguire l'incarico ricevuto.

368 Il par. 1040 ZPO stabilisce che :“(1) *Das Schiedsgericht kann über die eigene Zuständigkeit und im Zusammenhang hiermit über das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden. Hierbei ist eine Schiedsklausel als eine von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängige Vereinbarung zu behandeln.*(2) *Die Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts ist spätestens mit der Klagebeantwortung vorzubringen. Von der Erhebung einer solchen Rüge ist eine Partei nicht dadurch ausgeschlossen, dass sie einen Schiedsrichter bestellt oder an der Bestellung eines Schiedsrichters mitgewirkt hat. Die Rüge, das Schiedsgericht überschreite seine Befugnisse,*

riconosce agli arbitri il potere di decidere in merito alla propria competenza e, con riferimento a questa, all'esistenza o alla validità della convenzione arbitrale. Il collegio può, inoltre, ordinare³⁶⁹, su istanza della parte interessata, le misure cautelari provvisorie o conservative che ritiene necessarie in relazione all'oggetto della controversia.

2.2 La costituzione del tribunale arbitrale

Il procedimento arbitrale è disciplinato nel libro decimo della ZPO³⁷⁰ ed, in particolare, il titolo III è dedicato alla formazione e alla costituzione del tribunale arbitrale.

L'intera procedura di nomina degli arbitri soggiace alla volontà delle parti, che individuano le persone incaricate di risolvere la controversia tra loro insorta. Alle stesse parti è riconosciuto, inoltre, il potere di stabilire il numero dei componenti dell'organo giudicante e di concordare le modalità per la loro nomina³⁷¹.

2.3 Capacità di essere arbitro

La funzione di arbitro può essere svolta solo da persone fisiche.

Il legislatore tedesco non richiede che tali persone posseggano determinate o specifiche qualifiche. Gli arbitri non devono necessariamente essere abilitati

ist zu erheben, sobald die Angelegenheit, von der dies behauptet wird, im schiedsrichterlichen Verfahren zur Erörterung kommt. Das Schiedsgericht kann in beiden Fällen eine spätere Rüge zulassen, wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt. (3) Hält das Schiedsgericht sich für zuständig, so entscheidet es über eine Rüge nach Absatz 2 in der Regel durch Zwischenentscheid. In diesem Fall kann jede Partei innerhalb eines Monats nach schriftlicher Mitteilung des Entscheids eine gerichtliche Entscheidung beantragen. Während ein solcher Antrag anhängig ist, kann das Schiedsgericht das schiedsrichterliche Verfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen”.

369 Tale potere è riconosciuto dal par. 1041 ZPO.

370 La disciplina è ripartita come segue: par. 1025 – 1028 ZPO le disposizioni generali; par. 1029 – 1033 ZPO la disciplina dell'accordo arbitrale; costituzione del tribunale arbitrale nei par. 1034 – 1039 ZPO; par. 1040 – 1041 ZPO norme sulla competenza arbitrale; svolgimento del processo arbitrale nei par. 1042 – 1050 ZPO; lodo e cessazione del procedimento nei par. 1051 – 1058 ZPO; rimedi contro il lodo nel par. 1059 ZPO; condizioni per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi nei par. 1060 – 1061 ZPO; procedimento giudiziale nei par. 1062 – 1065 ZPO; infine tribunali arbitrali non contrattuali nel par. 1066 ZPO.

371 Questa è la principale differenza tra il giudice privato e quello statale ove vige il principio del giudice naturale fissato dall'art. 101, I della Costituzione, *Grundgesetz*.

a svolgere la funzione di giudice³⁷² e nemmeno devo essere giuristi.

Le parti possono, pertanto, preferire che la controversia venga risolta da tecnici, quali ingegneri o architetti, che possano comprendere in modo più approfondito l'oggetto della lite. L'assunzione di simili professionisti in qualità di giudici privati può, infatti, avere il vantaggio di evitare l'aggravio dei costi del procedimento arbitrale derivante dalla nomina di consulenti tecnici o di periti.

Tuttavia, le parti, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, possono stabilire nella convenzione d'arbitrato che il giudice privato posseda determinate caratteristiche o qualifiche. In tal caso la nomina di un soggetto che non abbia tali requisiti è inefficace³⁷³.

Non possono rivestire il ruolo di arbitro le persone giuridiche. Laddove la convenzione arbitrale contenga la nomina di una persona giuridica ad arbitro, il riferimento è inteso alla persona fisica che ricopre la carica di rappresentante legale della stessa. Tale scelta determina molteplici problemi interpretativi³⁷⁴ ogni qual volta il potere di rappresentanza della persona giuridica non spetti ad una persona fisica individuata ma ad un collegio.

Le pubbliche autorità non possono svolgere l'incarico di arbitro, in quanto i pubblici poteri sono considerati incompatibili con lo svolgimento dell'incarico arbitrale³⁷⁵. L'eventuale nomina di una simile autorità non vizia la convenzione, che sarà valida, ma la nomina si intenderà rivolta alla persona fisica che *pro tempore* riveste la prescelta carica pubblica. Nell'ipotesi in cui il potere di rappresentanza spetti a più soggetti, l'incarico si presume conferito a colui il quale all'interno della struttura ricopre la posizione dirigenziale di più alto livello.

Possono ricoprire il ruolo di arbitro validamente solo le persone capaci di contrattare, ovvero quelle che abbiano compiuto il settimo anno di età e non si trovino in uno stato che esclude, in via non solo temporanea, la capacità

372 Ai sensi del par. 5 *Deutsches Richtergesetz*, cd. DRiG, ovvero la legge tedesca sui giudici, l'abilitazione all'ufficio di giudice viene conseguita da chi ha superato il primo esame di stato giuridico, ha svolto il tirocinio di preparazione e ha superato il secondo esame di stato giuridico.

373 In tal senso HENN, *Schiedsverfahrensrecht*, Heidelberg, 2000, p. 68.

374 La convenzione arbitrale è un contratto e sarà interpretato in conformità alle norme stabilite dal par. 133 *Bürgerliches Gesetzbuch*. Cfr. SCHWAB – WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Monaco, 2000, p. 85.

375 SCHWAB – WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Monaco, 2000, p. 86.

di volere, ai sensi del par. 104 BGB³⁷⁶. I minorenni necessitano in ogni caso dell'autorizzazione del rappresentante legale, in conformità a quanto stabilito dai par. 106 ss. BGB.

Il diritto penale introduce un ulteriore limite, stabilendo che non può ricoprire la carica di arbitro chi sia stato condannato per un delitto che prevede la reclusione di almeno un anno e sia stato dunque interdetto dai pubblici uffici per la durata di cinque anni³⁷⁷. Dalla norma si desume inoltre che l'incarico di arbitro è considerato un pubblico ufficio.

Alcuni soggetti possono validamente accettare e svolgere l'incarico di arbitro solo a seguito di un'autorizzazione, come i magistrati. Il par. 40 *Deutsches Richtergesetz*³⁷⁸ prevede che i giudici possono essere autorizzati dal superiore gerarchico ad assumere il ruolo di arbitro solo quando vengono incaricati dalle parti congiuntamente ovvero da un terzo soggetto imparziale.

Così, da un lato, si impone l'obbligo di una preventiva autorizzazione per assumere il ruolo di arbitro, dall'altro, si introduce un limite alla capacità dei magistrati di svolgere incarichi arbitrali.

Un magistrato non può mai essere nominato come arbitro di parte, la sua nomina deve promanare congiuntamente da entrambe le parti della convenzione arbitrale. Nemmeno potrebbe considerarsi valida la nomina di un magistrato ad opera di una sola delle parti ma successivamente ratificata dalla controparte³⁷⁹.

La ragione di tale rigore si rinviene nella necessità di garantire imparzialità e indipendenza degli organi giudicanti. Il par. 39 DRiG³⁸⁰ introduce, infatti,

376 Il par. 104 BGB stabilisce che: "Geschäftsunfähig ist: 1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, 2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist."

377 Come stabilito dal par. 45 *Strafgesetzbuch*, codice penale tedesco.

378 Il par. 40 *DRiG* stabilisce che: "(1) Eine Nebentätigkeit als Schiedsrichter oder Schiedsgutachter darf dem Richter nur genehmigt werden, wenn die Parteien des Schiedsvertrags ihn gemeinsam beauftragen oder wenn er von einer unbeteiligten Stelle benannt ist. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn der Richter zur Zeit der Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung mit der Sache befaßt ist oder nach der Geschäftsverteilung befaßt werden kann. (2) Auf eine Nebentätigkeit als Schlichter in Streitigkeiten zwischen Vereinigungen oder zwischen diesen und Dritten ist Absatz 1 entsprechend anzuwenden".

379 Il principio è stato affermato nella sentenza KG, 6 maggio 2002, in *SchiedsVZ*, 2003, 185 ss.

380 Il par. 39 *DRiG* introduce il seguente principio: "Der Richter hat sich innerhalb und außerhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten, daß das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird".

il principio per cui il giudice statale deve, sia nello svolgimento del proprio incarico che al di fuori dello stesso, comportarsi in modo tale che non si dubiti della sua indipendenza. La nomina congiunta garantisce l'imparzialità, almeno apparente dell'arbitro; al contrario una nomina di parte è circostanza in grado di metterla in dubbio. L'ordinamento giuridico non può consentire che giudici statali mettano la propria competenza ed autorevolezza a servizio di una sola delle parti, in quanto una simile concessione potrebbe provocare la sfiducia dei cittadini nella funzione dei magistrati e nell'amministrazione della giustizia.

L'autorizzazione allo svolgimento dell'incarico arbitrale dovrà essere negata laddove il giudice si sia già precedentemente occupato della questione oggetto della lite o quando è possibile che se ne occuperà, secondo il riparto dei lavori all'interno dell'ufficio giudiziario.

Discussi sono gli effetti sul procedimento dell'eventuale assenza di autorizzazione o invalidità della stessa. Secondo l'orientamento prevalente della dottrina³⁸¹, confermato dalla giurisprudenza³⁸², la mancanza di autorizzazione non produce effetti sul procedimento arbitrale e non vizia il lodo eventualmente emesso. L'assenza del doveroso *placet* comporta una responsabilità e una sanzione disciplinare per il magistrato, ma nessuna conseguenza sull'arbitrato.

Secondo altro orientamento, la nomina del giudice non autorizzata è illegittima e improduttiva di effetti, pertanto il tribunale arbitrale non si sarebbe correttamente formato e l'intera procedura arbitrale sarebbe viziata. Il contratto stipulato tra parti ed arbitro sarebbe infatti nullo per violazione di una norma imperativa, ai sensi del par. 134 BGB³⁸³, e vizierebbe procedimento e lodo.

3.1 Composizione del collegio arbitrale

381 GEIMER, *Zivilprozessordnung*, a cura di Zöller, XXIV ed., Köln, 2004, *sub* par. 1035, Rn. 23.

382 In particolare si veda OLG Stuttgart, decisione del 16 luglio 2002, in *SchiedsVZ*, 2003, p. 84 ss., in cui la Corte d'Appello di Stoccarda ha ritenuto che l'assenza di autorizzazione del superiore gerarchico al giudice per rivestire il ruolo di arbitro non vizia la composizione dell'organo giudicante né il lodo dallo stesso emesso.

383 *Il par. 134 BGB stabilisce il principio per cui: "Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt"*.

Il par. 1034 ZPO³⁸⁴ rimette alle parti il potere di stabilire il numero dei componenti del tribunale arbitrale, nella stessa convenzione d'arbitrato o in un atto successivo. Il collegio arbitrale può essere formato anche da un numero pari di componenti, in quanto nessun divieto espresso è previsto nel codice di procedura civile tedesco. Tale scelta è senza dubbio sconsigliabile³⁸⁵ considerato che il par. 1052, primo comma, ZPO³⁸⁶ stabilisce che le decisioni arbitrali vengono assunte seguendo il principio della maggioranza, salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente. L'applicazione di tale principio potrebbe determinare in collegi formati da un numero pari di arbitri blocchi decisionali, che rallenterebbero lo svolgimento della procedura arbitrale.

Nel silenzio delle parti il legislatore tedesco stabilisce, in conformità alla *Model Law on International Commercial Arbitration* elaborata dalla *United Nations Commission on International Trade (UNCITRAL)* e adottata come raccomandazione dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 21 giugno 1985³⁸⁷, che gli arbitri saranno tre.

Le parti oltre a concordare il numero degli arbitri, possono decidere altresì il loro procedimento di nomina.

I giudici privati possono essere nominati direttamente ad opera dalle parti, da un terzo o dalla Corte d'Appello.

Le parti possono nominare il giudice privato direttamente nella convenzione

384 Il par. 1034 ZPO prevede infatti che: "(1) Die Parteien können die Anzahl der Schiedsrichter vereinbaren. Fehlt eine solche Vereinbarung, so ist die Zahl der Schiedsrichter drei. (2) Gibt die Schiedsvereinbarung einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein Übergewicht, das die andere Partei benachteiligt, so kann diese Partei bei Gericht beantragen, den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der vereinbarten Ernennungsregelung zu bestellen. Der Antrag ist spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen, nachdem der Partei die Zusammensetzung des Schiedsgerichts bekannt geworden ist, zu stellen. § 1032 Abs. 3 gilt entsprechend".

385 OSTERHUN, *Das neue deutsche Recht der Schiedsgerichtsbarkeit*, in *TranspR*, 1998, p. 181 ss.

386 Il primo comma del par. 1052 ZPO prevede che: "(1) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so ist in schiedsrichterlichen Verfahren mit mehr als einem Schiedsrichter jede Entscheidung des Schiedsgerichts mit Mehrheit der Stimmen aller Mitglieder zu treffen".

387 Cfr. sul tema: BROCHES, *Commentary to UNCITRAL*, in *International Handbook on Commercial Arbitration*, London - Boston, 1998, IV, *passim*; HOLTZMANN - NEUHAUS, *A guide to the UNCITRAL MODEL LAW on International Commercial Arbitration*, Deventer, Boston, 1989, p. 915 ss.; DORE, *Arbitration and conciliation under the UNCITRAL rules: a textual analysis*, Boston, 1986, p. 128 ss.; SMIT - PECHOTA, *Arbitration rules issued by international institutions*, U.S.A., 1997, p. 1 ss.; RECCHIA, *Riforme legislative straniere sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1991, pp. 175 ss., 395, 663 ss.; ID., voce *Arbitrato*, VII) *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1995, p. 1 ss.; VIGORITI, *Verso un diritto comune dell'arbitrato: note sulla sentenza arbitrale e la sua impugnazione*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 210 ss.

d'arbitrato o in un atto separato, anteriore o successivo al sorgere della controversia. Il legislatore tedesco non chiarisce quale sia la forma che devono rivestire le pattuizioni sulla procedura di nomina. Secondo alcuni autori³⁸⁸, tali accordi dovrebbero rivestire la medesima forma prescritta dal par. 1031 ZPO³⁸⁹ per la convenzione arbitrale. Secondo altri³⁹⁰, nel silenzio della legge non possono introdursi limiti alla libertà delle forme. Inoltre, i patti aventi ad oggetto la modalità di nomina degli arbitri non rientrerebbero nel concetto di accordo arbitrale, per cui non sarebbe applicabile il disposto del par. 1031 ZPO.

Il par. 1035, comma secondo, ZPO stabilisce che, salvo diversa pattuizione, ciascuna parte è vincolata alla nomina del proprio arbitro dal momento in cui la controparte ne ha avuto comunicazione. La legge non lo prescrive, ma è opportuno³⁹¹ che la comunicazione avvenga con strumenti idonei ad assicurare la prova dell'avvenuta nomina e a garantire la certezza della relativa data. La revoca della nomina effettuata è consentita fino al momento in cui la comunicazione non è pervenuta al destinatario, in conformità a quanto stabilito dal par. 130, comma primo, BGB³⁹².

Le parti possono stabilire che sia un terzo a nominare l'arbitro, gli arbitri o il presidente del collegio arbitrale.

Il terzo può essere una persona fisica o giuridica. Nella prassi l'incarico di nominare i giudici privati viene affidato a chi ricopre determinate cariche

388 ALBERS, in BAUMBACH – LAUTERBACH – ALBERS – HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, Monaco, 2009, *sub par.* 1035, n. 2.

389 Il par. 1031 ZPO stabilisce che la convenzione d'arbitrato deve essere contenuta in un documento firmato dalle parti o in lettere, telefax, telegrammi, o in altre forme di comunicazione, scambiate tra loro, idonee a provare l'accordo. L'obbligo di forma si intende rispettato anche se la convenzione è contenuta in un documento spedito da una parte all'altra o da un terzo ad entrambe le parti e quanto contenuto nel documento, in assenza di opposizione tempestiva, è considerato in base alla prassi commerciale, parte integrante del contratto. Una convenzione arbitrale può essere formata anche da una polizza di carico, quando nella stessa espressamente si faccia riferimento alla clausola compromissoria contenuta in un contratto di noleggio. Le convenzioni arbitrali stipulate da un consumatore devono però risultare da un documento con sottoscrizione autografa delle parti. La forma scritta può comunque essere sostituita con quella elettronica.

390 GEIMER, *Zivilprozessordnung*, a cura di Zöller, XXIV ed., Köln, 2004, *sub par.* 1035, n. 1.

391 ALBERS, in BAUMBACH – LAUTERBACH – ALBERS – HARTMANN, *ZPO Kurzkommentar*, Monaco, 2001, *sub par.* 1035, n. 3.

392

Il

par. 130, primo comma, BGB dispone: "Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht".

istituzionali. Secondo l'opinione prevalente³⁹³ in dottrina il terzo deve possedere requisiti di indipendenza ed imparzialità, in quanto deve garantire la equidistanza dei componenti del tribunale arbitrale dalle parti in lite.

Le parti conferiscono contrattualmente l'incarico al terzo di provvedere alla nomina dei giudici privati ed il terzo, nell'esecuzione dell'incarico, non può scegliere se stesso come arbitro e deve attenersi alle istruzioni impartitegli dalle parti. Queste ultime nella prassi stabiliscono i requisiti che gli arbitri devono avere, limitando in tal modo la discrezionalità del terzo incaricato, ma in assenza di simili prescrizioni, il terzo è tenuto a scegliere l'arbitro con scienza e coscienza, individuando il soggetto che al meglio sia in grado di risolvere la controversia in questione.

3.2 Nomina ad opera della corte d'appello

Laddove le parti non abbiano stabilito le modalità di nomina del tribunale arbitrale ovvero non siano riuscite ad accordarsi sulla scelta dei giudici privati, il legislatore tedesco rimette tale decisione alla corte d'appello³⁹⁴.

Il par. 1035 ZPO in particolare stabilisce che in assenza di una convenzione delle parti sulla nomina degli arbitri, la corte statale provvederà alla nomina di un arbitro unico.

Nell'ipotesi in cui le parti abbiano concordato un tribunale tripartito, ciascuna nominerà il proprio giudice privato e gli arbitri così individuati designeranno il terzo in funzione di presidente del collegio. Tuttavia se una delle parti non provvede alla designazione del proprio arbitro nel termine di un mese dal ricevimento della richiesta della controparte ovvero se i due arbitri di parte non riescono ad individuare di concerto il terzo arbitro, quest'ultimo, su istanza di parte, sarà nominato dalla corte d'appello.

La richiesta di una parte rivolta all'altra di nominare il proprio arbitro non deve necessariamente avere forma scritta. Il legislatore tedesco non prevede

393 Secondo altri, se il terzo deve nominare l'arbitro unico o il presidente del collegio arbitrale dovrà assicurare imparzialità e indipendenza, al contrario se agisce in qualità e sostituzione della parte non sarà necessario che soddisfi tali requisiti. Cfr. ALBERS, in BAUMBACH – LAUTERBACH – ALBERS – HARTMANN, *ZPO Kurzkommentar, op. cit., sub 1035*, n. 4.

394 Il par. 1062 ZPO precisa che l'*Oberlandesgericht*, la Corte di appello, determinata nella convenzione arbitrale o, in mancanza, quella del luogo ove si trova la sede dell'arbitrato, è competente per le decisioni sulle istanze riguardanti in particolare la nomina, la ricusazione o la cessazione dell'incarico di un arbitro.

un obbligo di forma, tuttavia è opportuno³⁹⁵ che si provveda attraverso mezzi idonei a formare prova dell'avvenuta intimazione, considerato che il *dies a quo* del termine di un mese di cui al par. 1035, comma terzo, ZPO coincide con la data di ricezione dell'invito alla nomina. Occorre altresì che la richiesta indichi con sufficiente determinatezza l'oggetto della controversia e gli estremi della persona che è stata designata come arbitro.

Alla corte d'appello viene, dunque, affidato il compito di sostituire le parti o i giudici privati inadempienti al fine di evitare uno stallo della procedura che impedisca lo svolgimento dell'arbitrato.

Anche in questa fase della procedura arbitrale viene assicurata un'ampia autonomia negoziale alle parti che possono derogare alla competenza della corte d'appello e individuare un altro soggetto terzo che provveda alla nomina dei giudici privati.

I litiganti possono altresì abbreviare o prorogare il termine di un mese previsto per la nomina degli arbitri di parte. Tuttavia con la scadenza del termine, secondo la prevalente dottrina, la parte inadempiente perde il proprio diritto di nominare il giudice privato. Altro orientamento³⁹⁶ ritiene che la perdita del diritto di nominare l'arbitro non si verifichi con la scadenza del termine previsto *ex lege*, ma solo in seguito alla richiesta della controparte rivolta alla corte d'appello di provvedere in sostituzione.

Il ricorso alla corte d'appello deve contenere una copia dell'accordo arbitrale e l'indicazione di elementi che dimostrino la competenza della corte, l'oggetto della lite, il mancato accordo delle parti sulla nomina, l'avvenuta scadenza del termine. La corte, verificata la sussistenza di tutti gli elementi necessari, nonché l'esistenza e validità della convenzione d'arbitrato, procede alla nomina dell'arbitro. Nel procedere alla nomina la corte deve tenere conto di tutte le qualifiche e le istruzioni eventualmente previste dalle parti ed assicurare che il soggetto individuato sia imparziale e indipendente. La corte deve considerare altresì l'opportunità di nominare come arbitro unico o presidente del collegio arbitrale una persona di cittadinanza diversa da quella delle parti. Tale prescrizione, frequente nelle discipline degli arbitrati internazionali, svolge la funzione di assicurare l'equidistanza del

395 HENN, *Schiedsverfahrensrecht*, op. cit., p. 111 ss.

396 ALBERS, in BAUMBACH – LAUTERBACH – ALBERS – HARTMANN, *ZPO Kurzkomentar*, op. cit., sub par. 1035, n. 9.

giudice privato dalle concezioni sociali, culturali e politiche della parte concittadina.

Il quarto comma del par. 1035 ZPO disciplina l'ipotesi in cui le parti abbiano pattuito le modalità di nomina del tribunale arbitrale, ma circostanze sopravvenute ne impediscano il funzionamento. In questo caso ovvero nel caso in cui gli arbitri di parte non riescano a raggiungere un accordo sulla nomina del terzo arbitro, ciascuna parte può richiedere alla corte d'appello l'adozione delle misure che ritiene necessarie.

4.1 Indipendenza e imparzialità dei giudici statali

La Legge Fondamentale tedesca, *Grundgesetz*, stabilisce due principi fondamentali per tutelare i diritti dei cittadini e garantire una soddisfacente amministrazione della giustizia. Il primo è contenuto nell'art. 19, quarto comma, LF³⁹⁷, in base al quale chiunque subisca una lesione dei diritti fondamentali ad opera dei poteri pubblici può adire l'autorità giudiziaria. Pertanto ogni violazione di una norma idonea a proteggere il cittadino equivale ad una lesione del diritto, impugnabile dinanzi alle autorità giudiziarie. Il secondo principio è sancito dall'art. 92 LF³⁹⁸ ai sensi del quale il potere giurisdizionale è affidato ai giudici. Con tale disposizione si attribuisce ai giudici statali il monopolio di una funzione, quella giurisdizionale.

La Repubblica federale tedesca è uno Stato federale democratico e sociale. Ciò comporta che sebbene il potere giurisdizionale sia disciplinato negli elementi procedurali ed organizzativi da leggi federali, lo stesso rimane pur sempre in gran parte potere dei *Länder*. Pertanto l'art. 92 LF che riconosce il monopolio del potere giurisdizionale dei giudici poi lo attribuisce ad alcune autorità giurisdizionali federali e precisamente alla Corte costituzionale federale, alle corti e ai tribunali federali menzionati nella Legge Fondamentale, e lascia inoltre ai *Länder* il potere di istituire altre corti e

397 La disposizione al quarto comma stabilisce che: "Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt".

398 La norma stabilisce: "Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt".

degli altri tribunali³⁹⁹.

L'art. 97, primo comma, LF stabilisce che i giudici sono indipendenti e soggetti solo alla legge. La norma generale è però specificata dal secondo comma dello stesso articolo, secondo il quale i giudici collocati a titolo definitivo nei ruoli e i giudici di carriera possono essere deposti prima della scadenza del loro periodo di servizio, sospesi dal loro ufficio o trasferiti in altro luogo, contro il loro volere, solo per decisione giudiziaria e per i motivi e con le forme stabiliti dalle leggi.

Inoltre i limiti di età pensionabile devono essere stabiliti *ex lege* e gli eventuali trasferimenti dei giudici in altri uffici devono realizzarsi, comunque, garantendo la conservazione dell'intero stipendio.

L'art. 98 LF dispone che lo stato giuridico dei magistrati venga disciplinato da una legge federale speciale, proprio per garantire una più precisa e dettagliata disciplina della peculiare posizione che vanno a rivestire. La legge speciale sui giudici è stata emanata in Germania nel 1961⁴⁰⁰ e assicura l'indipendenza dei magistrati mediante la limitazione delle misure di controllo sul loro operato e una disciplina di un controllo giurisdizionale efficiente nel caso di lesione degli obblighi.

Ciononostante i giudici tedeschi rientrano nel sistema di responsabilità parlamentare e ministeriale. I poteri di controllo sul rispetto dell'indipendenza dei giudici sono attribuiti al Ministro competente⁴⁰¹ della Federazione o del Land che li esercita direttamente sui presidenti delle corti e dei tribunali, i quali a loro volta controllano i giudici appartenenti all'autorità giurisdizionale di riferimento. In questo modo si assicura un buon grado di controllo dell'operato dei giudici senza però limitarne l'autonomia e indipendenza. Non esiste tuttavia a differenza dell'ordinamento giuridico italiano un organo di autogoverno della magistratura quale il Consiglio Superiore della Magistratura.

Questa situazione influenza anche il procedimento di nomina e promozione dei giudici. Il sistema giudiziario tedesco non prevede infatti che la selezione dei giudici avvenga mediante concorso pubblico, ma si procede

399 Cfr. SCHEFOLD, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, in *La magistratura nello Stato costituzionale*, a cura di Gambino, Milano, 2004, p. 251 ss.

400 *Deutsches Richtergesetz* del 8 settembre 1961.

401 Il Ministro competente è normalmente quello della Giustizia, ma per i giudici del lavoro il Ministro del Lavoro.

attraverso la formazione di un bando, con l'indicazione delle persone che hanno superato i prescritti esami, la scelta e la relativa nomina. In ogni Land sono formate commissioni speciali che si occupano della scelta e della nomina dei giudici e che dovrebbero assicurare il rispetto del criterio meritocratico.

Lo stesso sistema viene utilizzato altresì per la promozione e l'elezione dei presidenti delle autorità giurisdizionali.

Molto più discusso è il sistema tedesco di garanzie dell'indipendenza previsto per i Pubblici Ministeri. Tutte le garanzie dettate per l'indipendenza giudiziale non si applicano ai Pubblici Ministeri. Questi ultimi fanno parte del Ministero della Giustizia e della sua struttura gerarchica, e pertanto sono sottomessi alle direttive del Ministro, con il conseguente reale pericolo di dipendenza⁴⁰² dei Pubblici Ministeri dal potere politico⁴⁰³.

Il legislatore tedesco non si limita in linea di principio ad assicurare l'indipendenza del potere giudiziario dagli altri poteri dello Stato, ma prevede degli strumenti che in concreto assicurano l'imparzialità del singolo giudice statale chiamato a decidere una controversia.

Gli strumenti predisposti dall'ordinamento tedesco sono l'obbligo di astensione e la ricsuzione giudiziale.

Il Titolo IV del primo libro del codice di procedura civile tedesco è rubricato "*Ausschließung und Ablehnung der richterlichen Personen*" e contiene la disciplina dei suddetti istituti.

Il par. 41 ZPO prevede che il giudice statale è escluso *ex lege* dal proprio ufficio se egli stesso è parte nella causa, nel caso in cui sia o sia stato legato da vincoli di parentela, in linea collaterale fino al terzo grado o affine fino al secondo, da matrimonio o da una convivenza con una delle parti.

Il giudice è escluso anche dalle cause in cui agisca o abbia agito in veste di procuratore alle liti o consulente di parte, o in quelle in cui sia stato ascoltato in veste di testimone o consulente tecnico, nonché in quelle in cui abbia collaborato in un grado precedente o in un procedimento arbitrale.

Il legislatore tedesco individua, dunque, un elenco di ipotesi, di circostanze

402 Nella prassi non esiste comunque una dipendenza da un unico ministro, né esiste almeno di norma un diritto del Pubblico Ministero federale di impartire direttive ai pubblici ministeri dei *Länder*. Si tratta per lo più nella prassi di una collaborazione e cooperazione fra pubblici ministeri anche con diversi orientamenti politici.

403 KOLLER, *Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutivbehörde?*, Francoforte sul meno, 1997.

fattuali che si ritiene possano limitare o condizionare la valutazione libera del giudice e ne dispone la esclusione.

Nelle stesse ipotesi in cui il giudice è per legge escluso dal suo ufficio può essere ricusato ad opera delle parti. La ricusazione è però ammessa anche per sospetta parzialità ovvero se sussiste un motivo che giustifichi la mancanza di fiducia nell'imparzialità del giudice. In questo modo il legislatore tedesco assicura alle parti un'ampia tutela, in quanto per un verso assicura alle stesse la possibilità di ricusare il giudice statale solo dimostrando la sussistenza di una delle gravi circostanze tassativamente indicate nel par. 41, per altro non limita la ricusazione alle sole predette ipotesi. Il legislatore lascia alle parti la facoltà di rimuovere il giudice anche per sospetta parzialità onerandole però di fornirne la relativa prova.

L'istanza di ricusazione viene rivolta allo stesso tribunale cui appartiene il giudice⁴⁰⁴, ma alla decisione non può prendere parte il giudice ricusando. L'istanza di ricusazione per sospetta parzialità non può più essere proposta se la parte ha acconsentito alla trattazione innanzi a detto giudice o ha presentato delle istanze senza far valere il motivo di ricusazione noto⁴⁰⁵.

La decisione è adottata con ordinanza, che è reclamabile solo nel caso in cui sia stata rigettata l'istanza di ricusazione.

Durante la pendenza del procedimento di ricusazione, il giudice ricusando deve provvedere al compimento dei soli atti che non consentono alcun differimento e, ove la domanda dovesse essere accolta, si dovrà provvedere alla integrale ripetizione⁴⁰⁶ degli atti *medio tempore* posti in essere.

Lo stesso procedimento trova applicazione anche nell'ipotesi in cui non le parti abbiano sollevato dubbi sull'imparzialità del giudicante, ma lo stesso giudice⁴⁰⁷. In questa circostanza il tribunale competente dovrà valutare l'opportunità di rimuovere il giudice dalla decisione della controversia.

4.2 Indipendenza e imparzialità dell'arbitro

404 Ai sensi del par. 45, comma secondo e terzo, ZPO se un giudice della Pretura è ricusato, l'istanza è decisa da un altro giudice della Pretura; se il tribunale chiamato a decidere diventa incapace a farlo a causa della esclusione del componente ricusato, la decisione è presa dal tribunale in grado immediatamente successivo.

405 In tal senso il par. 43 ZPO.

406 In tal senso il par. 47 ZPO.

407 In tal senso il par. 48 ZPO.

La vigente disciplina dell'imparzialità arbitrale nel diritto tedesco è stata influenzata dalla *Model Law on International Commercial Arbitration*⁴⁰⁸, elaborata dalla *United Nations Commission on International Trade (UNCITRAL)* e adottata come raccomandazione dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 21 giugno 1985, nonché dalle evoluzioni giurisprudenziali e legislative in ambito internazionale⁴⁰⁹.

Il legislatore tedesco non distingue tra arbitrato interno ed internazionale imponendo ai giudici privati lo stesso dovere di imparzialità. Considerare un arbitro imparziale in ambito internazionale in presenza di circostanze che nell'arbitrato interno lo renderebbero parziale sarebbe infatti illogico.

Il par. 1036 ZPO stabilisce che un arbitro può essere ruscato solo se sussistono circostanze che facciano sorgere dubbi sulla sua imparzialità o indipendenza, ma non prevede un obbligo generale degli arbitri di essere imparziali e indipendenti.

L'art. 97, secondo comma, della Costituzione tedesca, *Grundgesetz*⁴¹⁰, stabilisce che i giudici sono indipendenti e soggetti solo alla legge. Nessuna norma è stabilita nel codice di procedura civile per gli arbitri. Il legislatore tedesco non impone un generale obbligo degli arbitri di essere indipendenti ed imparziali, ma disciplina gli strumenti necessari per garantirlo.

L'assenza di una simile disposizione per i giudici privati ha indotto una parte della dottrina a ritenere possibile l'applicazione in via di analogia dell'art. 97

408 In particolare la disciplina è contenuta nell'art. 11 che stabilisce: "When a person is approached in connection with his or her possible appointment as an arbitrator, he or she shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his or her appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties and the other arbitrators unless they have already been informed by him or her of these circumstances" e nell'art. 12: "1. Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. 2. A party may challenge the arbitrator appointed by it only for reasons of which it becomes aware after the appointment has been made".

409 In particolare il riferimento è alle Linee Guida della IBA sui conflitti di interesse nell'arbitrato internazionale.

410 La suddetta disposizione stabilisce che: "(1) Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen. (2) Die hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf ihrer Amtszeit entlassen oder dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung auf Lebenszeit angestellte Richter in den Ruhestand treten. Bei Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke können Richter an ein anderes Gericht versetzt oder aus dem Amte entfernt werden, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehaltes".

GG anche a questi ultimi.

Il legislatore consente, infatti, attraverso il riconoscimento e la disciplina dell'arbitrato ai privati di risolvere le proprie controversie derogando alla giurisdizione statale e ricorrendo ad un sistema di giustizia alternativo. La sostituzione delle corti statali con organi di giustizia privata non può però determinare una costrizione dei diritti dei singoli individui alla difesa, al pieno contraddittorio e ad un tribunale imparziale e indipendente. Inoltre l'indipendenza e l'imparzialità costituiscono elementi essenziali per lo svolgimento della funzione giudiziale, sia quando è svolta da giudici istituzionali che da giudici privati.

Tale orientamento trova conferma anche nel par. 339 del codice penale, *Strafgesetzbuch*, in cui la prevaricazione operata dall'arbitro nell'applicazione del diritto, cd. *Rechtsbeugung*, è considerata un reato ed è punito con la detenzione da uno a cinque anni.

Discusso è in dottrina il grado di imparzialità e indipendenza che deve essere assicurato dai giudici privati. Secondo alcuni autori⁴¹¹ è opportuno tenere ben distinti gli arbitri dai giudici istituzionali, essendo diversa la matrice della *potestas iudicandi*, i modi di selezione e il compenso. I giudici statali percepiscono una retribuzione mensile fissa che prescinde dal numero di controversie risolte, al contrario i giudici privati ricevono un compenso commisurato al valore e al numero di lodi emessi e liti decise. Queste differenze ontologiche tra i due organi giudicanti influenzano anche il regime dell'imparzialità e indipendenza, per cui non si potrebbe imporre né pretendere che i giudici privati siano indipendenti ed imparziali come i giudici statali.

Secondo altri⁴¹², al contrario, la mera identità di funzione che vanno a svolgere giudici privati e statali è da sola sufficiente a rendere indispensabile che i primi garantiscano gli stessi standards di imparzialità e indipendenza dei secondi.

Rispetto alla disciplina previgente, la riforma del 1998 ha previsto il richiamo non più solo all'imparzialità degli arbitri, ma anche alla loro indipendenza. In questo modo si supera in Germania il dibattito dottrinale

411 GEIMER, *Zivilprozessordnung*, a cura di Zöller, op. cit., sub par. 1034, n. 4 ss.

412 ALBERS, in BAUMBACH – LAUTERBACH – ALBERS – HARTMANN, *ZPO Kurzkommentar*, op. cit., sub par. 1036, n. 5.

sul significato da attribuire ai due concetti.

Il legislatore tedesco si uniforma alla Legge Modello UNCITRAL ed impone ai giudici privati non solo di non avere legami rilevanti con le parti in causa, ma anche di non farsi influenzare nella decisione della lite da prevenzioni e pregiudizi estranei al merito della causa od al diritto delle parti.

Gli strumenti disciplinati dal legislatore tedesco per garantire l'imparzialità arbitrale sono: il secondo comma del par. 1034 ZPO ovvero la tutela della parte debole, la ricusazione dell'arbitro, di cui ai par. 1036 ss. ZPO e l'impugnazione del lodo emesso dall'arbitro parziale, *ex par.* 1059 ZPO.

4.3 Tutela della parte debole

Il par. 1025, comma secondo, del previgente testo del codice di procedura civile tedesco considerava invalido il compromesso in cui una parte, approfittando della propria supremazia economica o sociale, induceva l'altra alla conclusione o all'accettazione di condizioni che le attribuivano un potere eccessivo all'interno del procedimento arbitrale, soprattutto in relazione alla nomina o alla ricusazione degli arbitri.

La prevalenza di uno dei litiganti comportava dunque l'invalidità del compromesso per violazione dei principi di imparzialità e indipendenza. La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*⁴¹³ considerava radicalmente invalido il procedimento svolto innanzi ad un organo arbitrale così costituito e annullabile il relativo lodo emesso ai sensi del par. 1041, n. 1, ZPO.

La disposizione era stata criticata dalla dottrina in quanto, nel tentativo di assicurare l'imparzialità dell'organo giudicante, finiva con il violare la volontà delle parti di devolvere la controversia a giudici privati ed escludere l'opzione per l'arbitrato.

413 HABSCHIED, *Schiedsgerichtsbarkeit und Staatsaufsicht*, in *Konkurs – Treuhand- und Schiedsgerichtswesen*, 1959, p. 1988 ss.; ID., *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, Rimini, 1985, p. 259. L'A. precisa che la costituzione di un tribunale arbitrale è radicalmente illegittima quando contrattualmente o istituzionalmente viene attribuito il potere di nomina a solo una delle parti o quando si consenta la decisione di un collegio formato interamente da membri di un'associazione di cui uno solo dei litiganti faccia parte. In queste ipotesi la costituzione del tribunale arbitrale "è viziata in modo tale da non potersi assolutamente parlare di un'istanza giurisdizionale indipendente. Ciò che viene insediata è piuttosto un'autentica «caricatura di un tribunale».

La riforma ha eliminato tale disposizione ma riprodotto il concetto di supremazia di una parte.

Nel terzo capo sulla *Bildung des Schiedsgerichts*, formazione del collegio arbitrale, il par. 1034, secondo comma, ZPO statuisce che, laddove il compromesso attribuisca ad una parte nella scelta del collegio un peso eccessivo tale da danneggiare l'altra, quest'ultima può richiedere al giudice⁴¹⁴ che nomini uno o più arbitri in modo divergente rispetto alla nomina già effettuata o al procedimento di nomina concordato. La disposizione è volta a garantire la paritaria partecipazione dei litiganti alla formazione del tribunale arbitrale. Un organo giudicante equidistante dalle parti garantisce il rispetto dell'imparzialità e indipendenza.

La nuova disposizione ha la funzione di rafforzare la tutela del contraente debole rispetto alla situazione previgente. Qualche perplessità è stata sollevata dalla dottrina⁴¹⁵ in relazione al termine breve previsto per la presentazione dell'istanza al tribunale competente.

L'istanza di intervento al giudice statale deve essere presentata al più tardi entro due settimane dal momento in cui la parte è venuta a conoscenza della composizione del tribunale arbitrale. Il termine per effettuare il ricorso alla corte d'appello è eccessivamente breve e può rendere difficile l'esercizio di tale strumento e, dunque, l'effettiva tutela della parte debole.

Durante la pendenza del procedimento dinanzi alla corte d'appello, l'arbitrato può ugualmente essere introdotto o proseguito e un lodo può essere validamente pronunciato⁴¹⁶. Con tale disposizione si impedisce che lo strumento di tutela si trasformi in una tattica dilatoria ad opera delle parti. Il tribunale arbitrale potrà valutare caso per caso l'opportunità o meno di interrompere la procedura e attendere la conclusione del procedimento dinanzi alle corti statali. La corte d'appello deve verificare, in via incidentale, la sussistenza dei presupposti processuali, in particolare la propria competenza, e deve accertare se l'accordo arbitrale si estende anche alla controversia in oggetto. Laddove la lite non sia compresa nell'oggetto

414 Competente a provvedere alla nomina di uno o più arbitri ai sensi del secondo comma par. 1034 ZPO è la Corte d'Appello, come previsto dal par. 1062, comma primo, n. 1 ZPO.

415 Cfr. OSTERTHUN, *Das neue deutsche Recht der Schiedsgerichtsbarkeit*, in *TranspR*, 1998, p. 184; HABSCHIED, *Il nuovo diritto dell'arbitrato in Germania*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 175 ss. (trad. di Briguglio).

416 L'art. 1034, comma secondo, ZPO rinvia al terzo comma dell'art. 1032, che dispone la non interruzione del procedimento arbitrale in presenza di istanze rivolte ai giudici statali.

del compromesso o della clausola compromissoria la corte rigetterà l'istanza, per ragioni di economia processuale. L'intervento della corte si rivelerebbe infatti inutile in quanto la controversia non potrebbe essere comunque decisa dagli arbitri, qualunque sia la composizione del tribunale arbitrale.

La decisione della corte d'appello non è impugnabile, ciò proprio per garantire quella celerità di procedura tipica dello strumento arbitrale.

Le ipotesi che legittimano l'intervento della corte statale sono molteplici. Violano, infatti, il principio della paritaria partecipazione dei contendenti alla formazione del collegio arbitrale convenzioni che attribuiscono ad una sola parte il potere di nominare l'arbitro unico o la maggioranza dei componenti dell'organo giudicante o riconoscono all'arbitro nominato da una parte un peso maggiore all'interno del collegio⁴¹⁷.

4.4 Arbitrato multiparti

La nuova disposizione del par. 1034, comma secondo, ZPO, seppur indirettamente, fornisce una disciplina dell'arbitrato multiparti⁴¹⁸.

417 Secondo l'orientamento maggioritario in dottrina (HABSCHEID, *Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit*, in *JZ*, 1998, p. 445 ss.) non è valido l'accordo che consenta all'arbitro nominato da una parte di decidere come da solo nell'ipotesi in cui la controparte non abbia provveduto tempestivamente alla nomina del suo arbitro ed abbia dunque inutilmente lasciato decorrere il termine stabilito. Di contrario avviso è SCHWAB – WALTER (*Schiedsgerichtsbarkeit*, Monaco, 2000, p. 89) secondo i quali in tale ipotesi sarebbe garantita la *par condicio* tra le parti almeno in origine ed il diverso peso dei litiganti nella formazione del collegio sarebbe provocato da un inadempimento di una delle parti.

418 La regola corrisponde infatti alla disposizione prevista dall'art. 10, comma secondo, del Regolamento della Camera di Commercio Internazionale per il caso di arbitrati multiparti. Diverse soluzioni sono state date al problema della modalità di formazione del tribunale arbitrale nel caso di arbitrati multiparti, in particolare è possibile: conferire all'attore il potere di nominare un arbitro ed al convenuto quello di nominare l'altro, il terzo arbitro sarà nominato di concerto dagli arbitri di parte, cd. clausola binaria; conferire a ciascun interessato il potere di nominare un arbitro. Entrambe le ipotesi non sono idonee a risolvere tutte le difficoltà che pone l'arbitrato multiparti. Infatti la prima ipotesi è opportuna solo nel caso in cui i centri di interesse siano due, ancorchè formati da una pluralità di soggetti, la seconda quando le controversie presentano una pluralità di centri di interesse in conflitto paritario, cd. controversie stellari, ma non anche in quelle in cui i centri di interesse si trovano in posizione tra loro dipendente. Cfr. LUISO, *Controversie societarie, clausola binaria e ruolo delle camere arbitrali nelle controversie con pluralità di parti*, in www.judicium.it, 30 novembre 2007; SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, p. 170; RUFFINI, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in Studi in onore di Luigi Montesano, Padova, I, p. 671; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Qualche riflessione sulla clausola binaria nell'arbitrato con pluralità di parti*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 752 ss. Il codice di procedura civile italiano disciplina oggi espressamente l'arbitrato con pluralità di parti nell'art. 816 *quater*, prevedendo che è possibile lo svolgimento di un procedimento arbitrale con più parti solo se la nomina degli arbitri è devoluta ad un terzo ovvero le parti tutte abbiano raggiunto un accordo sulla formazione dell'organo giudicante. Fuori dai detti casi il

A differenza del *Dutch Arbitration Act*, la nuova legge tedesca sull'arbitrato non contiene una disciplina espressa dell'arbitrato multipartito. La legge è stata redatta in seguito alla discussa sentenza della Corte di Cassazione francese *Dutco*⁴¹⁹, per cui il legislatore tedesco ha preferito non prendere posizione in merito al dibattito sorto in ambito internazionale sull'interpretazione del principio di uguaglianza delle parti nella designazione degli arbitri.

Tuttavia, due disposizioni disciplinano la fattispecie⁴²⁰: il secondo comma del par. 1034, in modo indiretto, e il par. 13, comma secondo, delle *Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration in Bonn*⁴²¹.

La prima norma prevede che quando la convenzione arbitrale è stipulata da una pluralità di parti è necessario stabilire quali siano le modalità di formazione del tribunale arbitrale e quali i diritti di nomina di ciascuna parte. Il legislatore tedesco ha introdotto con detta norma il principio per cui nella formazione del collegio arbitrale tutte le parti devono trovarsi in una situazione di parità e il collegio non deve essere espressione di una o solo alcune di esse.

Al giudice statale è attribuito il ruolo di controllo e di riconoscimento dell'ammissibilità degli arbitrati multipartiti⁴²².

La seconda disposizione adotta la soluzione utilizzata prevalentemente negli arbitrati internazionali⁴²³, per cui se le molteplici parti non si accordano sulla nomina del tribunale arbitrale, questo sarà nominato dall'istituzione arbitrale. Il potere dell'istituzione è limitato alla nomina dei due arbitri di parte, mentre il presidente del collegio sarà nominato da questi ultimi e non dall'istituzione.

La nomina istituzionale di due arbitri è considerata *ex se* sufficiente a

procedimento iniziato da una parte nei confronti di altre si scinde in tanti procedimenti quante sono le parti della controversia. L'arbitrato è però improcedibile se si versa in un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

419 Corte di Cassazione, 7 gennaio 1992, in *Rev. Arb.*, 1989, p. 723, con nota di Bellet e in *Riv. Arb.*, 1992, p. 99, con nota di Bernardini.

420 Cfr. BERGER, *The new Arbitration law in international perspective*, Kluwer law international, The Netherlands, in *Forum Internationale*, 2000, n. 26, p. 12 ss.

421 Le Rules sono entrate in vigore il primo luglio del 1998.

422 La disposizione è considerata una garanzia parziale per l'eseguibilità di una stipulazione multipartito da KREINDLER- MAHLICH *NJW* 1998, p. 563 – 565, sub 5, anche in *Arbitration International*, vol. 14, n. 1 p. 65 ss. (*A foreign Prospective on the New German Arbitration Act*).

423 Detta disposizione riproduce l'art. 10, comma secondo, International Chamber of Commerce Rules of arbitration.

salvaguardare l'eguale partecipazione delle parti alla formazione del tribunale arbitrale.

4.5 *Duty of disclosure*

Il legislatore tedesco della novella ha introdotto uno strumento preventivo per assicurare la terzietà dell'organo giudicante: il cosiddetto *duty of disclosure*.

Il primo comma del par. 1036 ZPO stabilisce l'obbligo per la persona cui viene affidato il compito di *ius dicere* di rendere note alle parti tutte le circostanze che possono determinare dubbi sulla sua imparzialità e indipendenza.

L'obbligo di informazione sussiste per l'arbitro dal momento dell'accettazione dell'incarico sino al termine della procedura e riguarda non solo le circostanze che potrebbero legittimare la riconsulazione, ma comprende tutte quelle relazioni o fatti che potrebbero in alcun modo mettere in discussione la terzietà del giudicante.

La disposizione si rivolge a tutti i soggetti che assumono il ruolo di arbitro indipendentemente dalle modalità di nomina e dal numero dei componenti del tribunale arbitrale. Si sarebbe potuto imporre tale obbligo al solo presidente del collegio in qualità di terzo imparziale, distinguendolo così dagli arbitri cd. di parte. In questo modo si sarebbe però accettata la formazione di un tribunale arbitrale i cui arbitri di parte sono dichiaratamente parziali e vicini alle argomentazioni di chi li ha nominati. Il legislatore tedesco ha scelto al contrario di richiedere a tutti gli arbitri gli stessi standards di imparzialità senza alcuna distinzione di ruoli.

L'osservanza dell'obbligo di informazione prescinde anche dalle modalità con cui l'arbitro è stato nominato e riguarda allo stesso modo sia l'arbitro nominato dai litiganti che quello nominato dall'autorità giudiziaria o da altro terzo imparziale.

Infatti sebbene il giudice e il terzo siano tenuti a individuare e nominare come arbitro soggetti che assicurino imparzialità e indipendenza, è possibile che alcune relazioni o circostanze non conosciute le mettano in dubbio. Ne consegue che anche tale arbitro, come qualsiasi arbitro, deve rendere note eventuali situazioni di incompatibilità e può per tali ragioni essere riconsulato.

Il codice tedesco non individua quali sono le circostanze in presenza delle quali l'arbitro è tenuto ad informare le parti, neanche con un'elencazione esemplificativa, e non chiarisce quali siano gli effetti e le conseguenze della violazione del *duty of disclosure*.

La giurisprudenza tedesca⁴²⁴ ha chiarito con orientamento costante che la violazione dell'obbligo giustifica la ricusazione dell'arbitro inadempiente. La reticenza dell'arbitro e il tacere circostanze, rapporti o relazioni con una delle parti è *ex se* giusta causa di ricusazione dell'arbitro, anche nell'ipotesi in cui le circostanze da sole non l'avrebbero giustificata.

Infatti, il dovere di informazione ha una portata molto ampia e comprende tutte quelle circostanze che possano far sorgere dubbi sulla imparzialità del giudicante, a differenza del potere di ricusazione che sussiste solo in presenza di dubbi “giustificati” sulla parzialità dell'arbitro. Circostanze che non integrano dubbi giustificati possono dar luogo comunque alla ricusazione arbitrale, quando il giudicante le abbia omesse o taciute alle parti.

Il fatto stesso della mancanza di informativa fa sorgere dubbi “giustificati” sull'imparzialità e indipendenza dell'arbitro. Il silenzio potrebbe, infatti, essere motivato dall'intenzione di avvantaggiare la parte cui l'arbitro reticente è legato⁴²⁵.

In alcune sentenze le corti statali⁴²⁶ hanno escluso che l'obbligo di informativa comprenda l'aver rivestito il ruolo di avvocato di una delle parti in altre circostanze, quando il rapporto lavorativo tra parte e arbitro è terminato da lungo tempo. In tali ipotesi infatti non si ritengono sussistenti vincoli tali da poter influenzare la capacità e la libertà di giudicare dell'arbitro.

Orientamenti contrastanti si riscontrano nella giurisprudenza e dottrina

424 Corte di appello di Francoforte sul mena, ordinanza 10 gennaio 2008, in *NJW*, 2008, p. 1325. Nel caso di specie il presidente del collegio arbitrale era legato al difensore di una delle parti, dall'esistenza di un contratto di locazione e da un rapporto di amicizia o almeno da rapporti confidenziali. La Corte ha ritenuto che tali motivi da soli non avrebbero giustificato la ricusazione del presidente del collegio, ma che l'obbligo di informazione comprende anche tali circostanze. La violazione dell'obbligo di informazione è però motivo di ricusazione.

425 SANGIOVANNI, *La ricusazione dell'arbitro nella legge e nella giurisprudenza tedesche*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 891 ss.; WAX – WENZEL, *Munchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. III, Monaco, 2008, p. 222 ss.

426 Corte di appello di Amburgo, ordinanza 12 luglio 2005, in *SchiedsVZ*, 2006, p. 55 ss. Nel caso di specie l'arbitro era stato avvocato difensore di una delle parti, ma dall'ultimo contatto erano trascorsi cinque anni.

tedesche in relazione agli effetti della violazione del *duty of disclosure* sul lodo emesso dal tribunale arbitrale.

Talvolta si afferma che il mancato assolvimento da parte dell'arbitro del proprio dovere di informazione, può determinare l'impugnazione del lodo emesso ai sensi del secondo comma par. 1059 ZPO⁴²⁷. Talaltra con atteggiamento più prudente, non si considera impugnabile il lodo per il mero inadempimento dell'obbligo informativo, ma si considera solo possibile la ricusazione dell'arbitro reticente⁴²⁸. La Corte federale tedesca in diverse sentenze⁴²⁹, ha ritenuto che la mera violazione dell'obbligo di rivelazione da parte dell'arbitro non è sufficiente ad annullare il lodo emesso. La violazione di tale dovere non influenzerebbe la regolarità della procedura arbitrale posta in essere e potrebbe integrare una violazione dell'ordine pubblico solo in casi estremi.

5.1 Ricusazione

Nell'ordinamento tedesco l'istituto della ricusazione degli arbitri è disciplinato nei paragrafi 1036 e 1037 ZPO.

Nella previgente formulazione la ricusazione arbitrale era disciplinata mediante un rinvio alle norme del codice di procedura civile per la ricusazione dei giudici statali, di cui ai par. 41 e 42 ZPO, sia per quanto riguarda i motivi della stessa che per quanto attiene al rito. Già in passato però il legislatore tedesco si era dimostrato attento al problema dell'imparzialità arbitrale. Infatti aveva aggiunto ai casi previsti per i magistrati statali la possibilità di ricusare l'arbitro anche per timore di parzialità.

5.2 Motivi di Ricusazione

La nuova normativa non contiene un'elencazione tassativa di circostanze in presenza delle quali l'arbitro può essere ricusato, ma si limita ad una

427 SANGIOVANNI, *La costituzione del tribunale arbitrale nel diritto tedesco*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 596.

428 SCHLOSSER, *La nouvelle legislation allemande sur l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1998, p. 12 ss.

429 Neue Juristische Wochenschrift 1999, 2370.

clausola generale.

Il secondo comma del par. 1036 ZPO si compone di due parti.

La prima parte stabilisce che l'arbitro può essere ricusato solo se sussistono circostanze che fanno sorgere dubbi circa la sua imparzialità o indipendenza.

Il legislatore tedesco non precisa quali siano le circostanze che possono determinare dubbi giustificati e lascia alla giurisprudenza la valutazione e l'individuazione concreta delle stesse. La regolamentazione della ricusazione arbitrale si distingue dunque da quella prevista per i giudici statali. Agli arbitri non è imposto un dovere di astensione e non è previsto un elenco tassativo di cause di ricusazione. Tuttavia l'elenco di motivi di ricusazione giudiziale previsto dai par. 41 e 42 ZPO può essere utilizzato come riferimento per individuare le circostanze che mettono in dubbio anche l'imparzialità dell'arbitro.

Si ritiene che l'arbitro possa essere ricusato innanzitutto se sussistono circostanze che impongono al giudice statale di astenersi o che lo rendono ricusabile.

Pertanto, in applicazione del primo comma, n. uno, par. 41 ZPO l'arbitro potrà essere ricusato se coincide con la parte. In una simile ipotesi vi sarebbe un conflitto di interessi insuperabile, in quanto il giudice si troverebbe a decidere una lite di cui egli stesso è parte, secondo il brocardo *nemo iudex in rem suam*.

Incompatibilità sussiste anche nell'ipotesi in cui l'arbitro sia strettamente relazionato alla parte. Per tale ragione in una controversia in cui è parte una società non potrà essere nominato arbitro l'amministratore, in una in cui parte è un comune non potrà svolgere la funzione di giudicante il sindaco.

In relazione ai rapporti di amicizia, professionali o lavorativi, la giurisprudenza tedesca ritiene che siano in grado di mettere in dubbio l'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri solo gli stretti e profondi rapporti. La mera conoscenza o un'occasionale collaborazione lavorativa non costituiscono legittima causa di ricusazione dell'organo arbitrale. Allo stesso modo le autorità tedesche non considerano ricusabile l'arbitro che operi o lavori nello stesso settore di una delle parti, anche se ciò ha come conseguenza il prender parte alle stesse iniziative formative, incontri

frequenti o comuni interessi od impegni⁴³⁰. Le corti tedesche non hanno ritenuto sufficiente per ricusare un arbitro l'aver un rapporto confidenziale con una delle parti, l'utilizzare il nome di battesimo o il rivolgersi in modo informale ad una di esse⁴³¹. Valido motivo di ricusazione dell'arbitro nominato da una parte è considerato invece l'essere associato dell'avvocato difensore della stessa⁴³².

Possono legittimare la ricusazione dell'arbitro le dichiarazioni dello stesso, volte a sminuire una delle parti o le espressioni sconvenienti nei confronti di uno dei litiganti⁴³³. L'arbitro è tenuto a svolgere il suo ruolo con correttezza, il che impone di rispondere alle eventuali domande su rapporti pregressi o su relazioni con una delle parti in modo oggettivo, senza avere reazioni sconvenienti. In queste circostanze infatti le risposte offensive o denigratorie dell'arbitro fanno sorgere dubbi sulla imparzialità e indipendenza del giudicante, che non riuscirà a prendere in considerazione in modo egualmente serio le argomentazioni dei litiganti. Allo stesso modo gli attacchi personali rivolti da un arbitro all'avvocato difensore di una delle parti possono legittimarne la ricusazione⁴³⁴.

In una recente sentenza la corte di appello di Amburgo⁴³⁵, ha rigettato l'istanza di ricusazione di un arbitro che in altre quattro procedure arbitrali,

430 Corte di appello di Francoforte sul mena, ordinanza 4 ottobre 2007, in *SchiedsVZ*, 2008, p. 96 ss. Nel caso di specie la relazione tra arbitro e difensore di parte aveva carattere lavorativo. In particolare, il presidente del collegio arbitrale era componente di un organo rappresentativo dell'Associazione tedesca per l'arbitrato e del direttivo di una rivista specializzata e l'avvocato di una delle parti faceva parte dello stesso organo rappresentativo ed aveva pubblicato molteplici articoli sulla rivista in questione. Uno degli articoli pubblicati dall'avvocato riguardava proprio l'oggetto della controversia e la premessa era stata scritta dal presidente del collegio. La corte di appello non ha ravvisato nella circostanza un giustificato dubbio di parzialità dell'arbitro, in quanto svolgere attività comuni tra operatori del medesimo settore è pressoché necessario e inevitabile. Inoltre, l'aver consentito la pubblicazione di uno o più articoli su una rivista specializzata non comporta necessariamente né conoscerne il contenuto né soprattutto dividerlo. Cfr. SANGIOVANNI, *La ricusazione dell'arbitro nella legge e nella giurisprudenza tedesche*, op. cit., p. 898 ss.

431 Corte di appello di Berlino, 7 luglio 2010, in senso conforme una sentenza del 2003 della corte di appello di Berlino in *German Arbitration Journal - Zeitschrift für Schiedsverfahren*, Vol. 4, 2003, 191. In altri precedenti però la giurisprudenza tedesca ha considerato invece l'utilizzo del nome di battesimo indice di un rapporto molto più che superficiale. Si veda sentenza della corte di appello di Francoforte 10 gennaio 2008, in *German Arbitration Journal-Zeitschrift für Schiedsverfahren*, Vol. 4, 2008, 199.

432 LG Bautzen Betriebsberater 1996, Beilage n. 5 p. 29. Decisione della corte di appello di Francoforte.

433 Corte di appello di Brema, ordinanza 24 maggio 2006, in *SchiedsVZ* 2007, p. 53 ss., in cui l'aver definito una delle parti inesperta in materia di arbitrato e giovane è stata considerata giusta causa di ricusazione.

434 Decisione del Landgericht Duisburg, *Zeitschrift für Insolvenzrechtspraxis*, 1982, 229.

435 *Schiedsverfahrenszeitschrift* 2003, 191.

precedenti o simultanee, rivestiva il ruolo di avvocato della controparte. La corte ha sottolineato la diversità dei ruoli di avvocato ed arbitro e sostenuto che l'avvocato indossate le vesti di arbitro deve essere in grado di valutare la questione giuridica in modo diverso da quando opera come rappresentante di una parte.

La conclusione idealista della corte è condivisibile quando destinatario dell'istanza di ricusazione è un arbitro di parte, ma non invece nel caso di arbitro unico o di presidente del collegio arbitrale.

La corte federale tedesca mostra in molte sentenze un orientamento meno rigoroso per gli arbitri di parte, che considera istituzionalmente legati ad uno dei litiganti e a cui richiede un grado di imparzialità meno elevato rispetto a quello imposto agli arbitri terzi, che devono rappresentare l'ago della bilancia all'interno del collegio e apparire equidistanti dalle parti. Sembra irrealistico supporre che la parte, al momento della nomina del proprio arbitro, si aspetti da questo una condotta assolutamente imparziale nel procedimento come nella decisione della lite. Cosicché, le corti tedesche sembrano richiedere all'arbitro di parte di non essere disonesto, ma non anche di essere imparziale⁴³⁶. Implicitamente si ammette la parzialità degli arbitri di parte, ma si pretende che la stessa non divenga corruzione o scorrettezza.

Tale orientamento trova conferma in una sentenza della corte federale tedesca⁴³⁷, in cui è stata accolta l'istanza di ricusazione di un arbitro unico, che aveva accettato, nel corso dell'arbitrato, la nomina di arbitro di una delle parti in altra procedura arbitrale con collegio tripartito. Secondo la corte infatti gli arbitri nominati da una parte si considerano spesso rappresentanti degli interessi di chi li ha nominati ed esercitano la propria funzione in

436 Come sostenuto da BERNINI, *Report*, in *The Arbitral Process and Independence of Arbitrators*, ICC, Paris, 1991, p. 32 ss.; TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. Arb.*, 1997, p. 481 ss., secondo l'A. "Anzitutto, sarebbe forse opportuno rinunciare a parlare di imparzialità a proposito dell'arbitro di parte, se non altro allo scopo di evitare fraintendimenti. (...) Richiedere che egli, nello stesso momento in cui interpreta la posizione di una parte, e quindi non è indipendente né neutrale, sia tuttavia imparziale, ha senso sul piano delle definizioni astratte ma rischia di essere una nobile aspirazione destinata ad essere quotidianamente frustrata nella pratica".

437 *Neue Juristische Wochenschrift* 1972, 827. Come rilevato da SCHLOSSER, *L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre en droit allemand*, in *Riv. Arb.* 2005, p. 8, la Corte oggi si sarebbe espressa in modo meno chiaro e difficilmente avrebbe ammesso che gli arbitri di parte sono ontologicamente parziali, tuttavia questa sentenza offre un chiaro segnale di ciò che realmente può aspettarsi in termini di imparzialità da un arbitro nominato da uno dei litiganti.

modo non del tutto imparziale, a loro volta le parti sono inclini a considerare gli arbitri come propri difensori all'interno del collegio. Pertanto l'arbitro unico, che accetti di diventare anche arbitro di parte in altra procedura, solleva dubbi sulla sua imparzialità e indipendenza.

Individuate le circostanze che legittimano una domanda di riconsuazione, le corti possono analizzarle e valutarne il fondamento in base a due criteri: soggettivo ed oggettivo.

In applicazione del criterio soggettivo l'istanza di riconsuazione sarà accoglibile sulla base del mero sospetto, della parte che la propone, di parzialità dell'arbitro.

Il metodo oggettivo considera necessaria per la sostituzione di un giudice privato la sussistenza di dubbi legittimati sulla sua imparzialità.

La giurisprudenza tedesca adotta il criterio oggettivo, considerato meno rigoroso e più adeguato a vagliare l'imparzialità arbitrale. Già dal testo del par. 1036 ZPO si evince che condizione necessaria per la riconsuazione di un arbitro è l'esistenza di dubbi giustificati sulla sua imparzialità. Ai fini della riconsuazione, dunque, non rileva la prospettiva soggettiva delle parti, bensì la sussistenza di una reale situazione che determini oggettivamente un ragionevole pericolo di prevenzione. Si dovrà verificare pertanto che lo stesso sospetto di una reale parzialità sarebbe sorto in qualsiasi osservatore equo ed informato, non considerando la particolare posizione e le qualità della parte riconsuante.

5. 3 Le qualifiche convenute dalle parti

La seconda parte del secondo comma del par. 1036 ZPO considera riconsuabili anche gli arbitri che non abbiano i requisiti concordati fra le parti. Le parti, nell'ambito della propria autonomia, possono stabilire che gli arbitri devono avere determinate caratteristiche, qualifiche o requisiti la cui assenza li espone alla riconsuazione. Questo motivo di riconsuazione non ha lo scopo di assicurare la terzietà dell'organo giudicante ma il rispetto della volontà delle parti. Per rivestire il ruolo di arbitro non occorre avere titoli particolari, né necessariamente la laurea in giurisprudenza o alcun tipo di laurea, le parti però possono stabilire che l'arbitro debba averne. La violazione delle

disposizioni pattuite dalle parti, legittima alla ricusazione arbitrale.

Tuttavia una parte potrà ricusare l'arbitro che ha nominato solo per circostanze sopravvenute o, ancorché anteriori, conosciute solo successivamente alla nomina. Tale limitazione evita che lo strumento della ricusazione venga utilizzato per rallentare la procedura arbitrale e rendere difficoltosa la pronuncia del relativo lodo. La disposizione recepisce il principio dettato in tema di ricusazione giudiziale dal par. 43 ZPO, secondo il quale la ricusazione non è consentita successivamente al compimento di attività processuali.

L'autonomia delle parti si estende sino alla possibilità di stabilire nella convenzione arbitrale i motivi di ricusazione⁴³⁸. In tal modo la convenzione arbitrale specificherebbe la disposizione generica del par. 1036 ZPO, elencando quali relazioni, circostanze o rapporti diano luogo a ricusazione e quali invece non siano motivi sufficienti. Laddove poi si accerti l'esistenza di uno dei rapporti individuati dalle parti, non sarà necessario verificare se il rapporto dia luogo a dubbi giustificati sull'imparzialità dell'arbitro, in quanto la mera sussistenza dello stesso, legittima la ricusazione. Al contrario la generica disposizione del par. 1036 ZPO impone di verificare volta per volta se le relazioni tra parti e arbitri siano in grado di influenzare la libera valutazione del giudicante.

5.4 Procedimento di ricusazione

Ai privati è attribuito il potere di concordare il procedimento di ricusazione degli arbitri. L'autonomia delle parti può portare a prevedere clausole dal contenuto più vario.

Le parti potrebbero attribuire la competenza a decidere sull'istanza di ricusazione ad un terzo o ad un'istituzione arbitrale, modificare i termini per la valida presentazione della domanda di ricusazione⁴³⁹ o rinviare ad un

438 MÜNCH, *Commento al § 1036*, in RAUSCHER - WAX - WENZEL, *Munchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. III, Monaco, 2008, p. 221.

439 Corte di appello di Amburgo, ordinanza 12 luglio 2005, in *SchiedsVZ* 2006, p. 55 ss. Nel caso di specie le parti avevano stabilito che l'istanza di ricusazione per essere valida doveva essere proposta senza ritardo. La corte per interpretare tale generica locuzione ha fatto riferimento al secondo comma del par. 1037 ZPO che prevede che la domanda di ricusazione deve essere presentata entro il termine di due settimane da quando la parte ha

regolamento arbitrale che disciplini l'intero procedimento di ricusazione. Le disposizioni sulla procedura di ricusazione possono essere contenute nella convenzione arbitrale o anche in un patto successivo. Il legislatore tedesco non prevede che tali patti abbiano una specifica forma.

L'unico limite all'autonomia dei privati è il necessario rispetto del terzo comma del par. 1037 ZPO, ossia la possibilità delle parti di rivolgersi all'autorità giudiziaria nel caso in cui l'istanza di ricusazione non sia stata accolta. L'inderogabilità della disposizione garantisce un'effettiva tutela dell'imparzialità arbitrale.

Laddove le parti non abbiano stabilito il procedimento di ricusazione arbitrale, trova applicazione il secondo comma, del par. 1037 ZPO, che attribuisce la competenza a decidere sulla ricusazione allo stesso tribunale arbitrale.

La parte interessata deve comunicare in forma scritta all'organo arbitrale i motivi di ricusazione nel termine di due settimane, decorrenti dal momento in cui ha avuto conoscenza della composizione del tribunale arbitrale o della causa di ricusazione. Decorso tale termine, la parte decade dal potere di ricusare l'organo giudicante, in quanto l'inerzia viene considerata come disinteresse ad ottenere una decisione da parte di un organo imparziale e terzo.

L'istanza di ricusazione comunicata all'organo arbitrale dovrà ad opera di quest'ultimo essere portata a conoscenza della controparte, in applicazione del principio generale di cui al par. 1047, comma terzo, ZPO⁴⁴⁰.

Proposta l'istanza di ricusazione sono possibili tre alternative: l'arbitro può spontaneamente dimettersi dal suo ufficio; la controparte può prestare il proprio consenso alla rimozione dell'arbitro; in via residuale il tribunale arbitrale è tenuto a decidere sulla domanda.

Nelle prime due ipotesi l'arbitro viene rimosso dal proprio incarico e si può procedere alla sostituzione mediante la nomina di altro giudice privato.

Laddove l'arbitro non rinunci all'incarico ovvero la controparte non accetti la ricusazione, il collegio dovrà esaminare le circostanze concrete e valutare

avuto conoscenza dei motivi che la giustificano.

440 La disposizione stabilisce che tutti gli atti, i documenti e le altre comunicazioni che vengono sottoposte da una parte al tribunale arbitrale devono essere portate a conoscenza dell'altra parte. Cfr. SANGIOVANNI, *Le fasi iniziali del procedimento arbitrale tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 533 ss.

l'opportunità di ricusare il giudice privato.

La scelta di attribuire la competenza a decidere sulla domanda di ricusazione allo stesso collegio arbitrale ha sollevato il problema della sua costituzione ovvero se del tribunale debba far parte anche l'arbitro ricusando o meno. Il problema si avverte in modo più significativo nel caso di ricusazione dell'arbitro unico, in quanto lo stesso sarà in concreto anche giudice unico della propria imparzialità.

La giurisprudenza tedesca⁴⁴¹ ammette che l'arbitro ricusando partecipi alla decisione relativa alla propria ricusazione, diversamente da quanto stabilito dal par. 45, comma primo, ZPO in tema di ricusazione giudiziale, per ragioni di economia e celerità nel procedimento arbitrale.

Pertanto, laddove il tribunale arbitrale sia formato da un arbitro unico, il procedimento di ricusazione si risolve in una mera accettazione o rifiuto dell'istanza di ricusazione.

Nell'ipotesi di tribunale arbitrale tripartito la decisione sulla ricusazione verrà assunta applicando il principio della maggioranza. In caso di parità di voti, l'istanza si intende rigettata. Infatti il par. 1052, primo comma, ZPO stabilisce che una decisione arbitrale è validamente assunta solo quando è raggiunta la maggioranza dei voti all'interno del collegio.

Peraltro se è già stato pronunciato il lodo da parte di un collegio arbitrale di cui faceva parte anche il soggetto definitivamente ricusato, il lodo potrà essere impugnato dinanzi all'autorità giudiziaria competente ai sensi del par. 1059 ZPO.

Se l'istanza di ricusazione non viene accolta, la parte ricusante può presentare all'autorità giudiziaria domanda di decisione sulla ricusazione, nel termine di un mese dal momento in cui ha avuto conoscenza del rigetto dell'istanza. L'intervento dell'autorità giudiziaria nel procedimento di ricusazione è considerata dal legislatore tedesco necessario, per assicurare la

441 In particolare, si veda Corte di appello di Monaco, ordinanza 6 febbraio 2006, in *MDR* 2006, p. 946 ss. Di contrario avviso è la dottrina tedesca secondo cui l'arbitro ricusando non ha diritto di voto. Cfr. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, Monaco, 1997, p. 31; WALTER, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania – Svizzera – Italia)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 677. Secondo l'A. ciò rappresenta una “deviazione rispetto al principio, fin qui molto rispettato nel diritto tedesco, è cioè che nessuno può essere giudice in causa propria”.

realizzazione dei principi di imparzialità e indipendenza dell'organo giudicante, in quanto consente un riesame della domanda di ricusazione ad opera delle corti statali.

L'intervento del giudice statale deve essere richiesto nel termine di un mese, il cui decorrere determina la decadenza della parte dal relativo potere. Il ritardo viene considerato come implicita accettazione della decisione arbitrale negativa sull'istanza di ricusazione⁴⁴².

Competente a conoscere la domanda di ricusazione dal punto di vista funzionale è la corte di appello. Il par. 1062 ZPO attribuisce la competenza alla corte di appello per tutte le ipotesi in cui gli organi arbitrali hanno la necessità di rivolgersi al giudice statale⁴⁴³. Territorialmente competente è la Corte individuata nella convenzione arbitrale o, nel silenzio, quella del distretto in cui ha sede l'arbitrato⁴⁴⁴.

La Corte di appello può ritenere infondata la domanda di ricusazione e riconoscere la competenza del tribunale arbitrale ovvero ritenerla fondata e rimuovere l'arbitro dal suo ufficio

In pendenza dell'istanza di ricusazione, il procedimento arbitrale può seguire il suo corso in presenza dell'arbitro ricusando, in quanto la proposizione di tale domanda non è causa di interruzione. Si tratta di un potere del tribunale arbitrale, e non di un obbligo, che può ritenere opportuno interrompere il procedimento ed attendere la decisione sull'istanza o al contrario continuare

442 La giurisprudenza tedesca considera tempestiva anche l'istanza di ricusazione che sia stata presentata dinanzi ad una corte di appello incompetente. Dunque, è sufficiente che nel termine di un mese la parte interessata presenti e comunichi la domanda ad un'autorità statale. Corte di appello di Monaco, ordinanza 3 gennaio 2008, in *SchiedsVZ* 2008, p. 102 ss.

443 Nella disciplina previgente il par. 1045 ZPO attribuiva la competenza a seconda dei casi all'*Amtsgericht* o al *Landgericht*, il novellato par. 1062 ZPO concentra invece tutte le funzioni giudiziarie relative all'arbitrato presso l'*Oberlandesgericht*. Solo riguardo alla assunzione dei mezzi di prova o alla adozione di altre misure precluse agli arbitri, ai sensi del par. 105 ZPO, è competente l'*Amtsgericht* nella cui circoscrizione deve compiersi l'attività determinata. Con tale sistema si consente al Governo di ogni Land di concentrare su un unico tribunale tutte le attività relative alla procedura arbitrale, evitando una dispersione delle relative competenze. Cfr. HABSCHEID, *Il nuovo diritto dell'arbitrato in Germania*, trad. di Briguglio, in *Riv. arb.*, 1998, p. 188.

444 Individuare la corte di appello competente può talvolta essere complicato, in quanto la domanda di ricusazione spesso viene presentata nelle fasi iniziali della procedura quando tale luogo non è ancora stato determinato. Il par. 1043, comma primo, ZPO attribuisce alle parti il potere di stabilire la sede dell'arbitrato, in assenza di un accordo, il luogo del procedimento arbitrale è determinato dal tribunale arbitrale. Gli arbitri devono però determinare la sede dell'arbitrato tenendo conto delle circostanze concrete e della convenienza della sede per le parti, devono cioè fare gli interessi delle parti. Nell'ipotesi in cui neanche il tribunale arbitrale abbia ancora individuato la sede dell'arbitrato, il par. 1062, comma terzo, ZPO stabilisce che è competente la corte di appello del luogo ove l'attore o il convenuto ha la propria sede o dimora abituale.

il procedimento, evitando così un inutile allungamento dei tempi processuali. La scelta dovrà essere assunta tenendo conto delle circostanze concrete e della fondatezza o meno dell'istanza di ricusazione. Nell'ipotesi in cui il procedimento sia proseguito e sia stato emesso il lodo, ma la corte di appello ritenga fondata la ricusazione si pone il problema di quale sia la sorte del lodo pronunciato. La giurisprudenza tedesca ritiene sufficiente procedere all'impugnazione del lodo ai sensi del par. 1059, secondo comma, lett. d, ZPO e non necessaria la ripetizione dell'intera procedura⁴⁴⁵.

Nell'ipotesi in cui il procedimento arbitrale termini e giunga all'emissione del lodo mentre è ancora pendente il procedimento di ricusazione dinanzi alla corte di appello, si ritiene che quest'ultimo procedimento debba continuare. La parte ricusante non ha perso interesse alla pronuncia sulla ricusazione, anzi l'interesse è di sicuro maggiore in presenza di un lodo sfavorevole emesso da un organo giudicante parziale. Inoltre, se la corte statale dovesse accertare che l'arbitro non è imparziale e indipendente, tale conclusione determinerebbe l'impugnabilità del lodo e il suo eventuale annullamento.

5.5 Cessazione dell'incarico arbitrale

Se un arbitro, per ragioni di fatto o diritto, non può adempiere i suoi compiti o non esegue i propri doveri in un congruo lasso di tempo cessa dall'incarico, se si dimette o se le parti concordemente ne stabiliscono la rimozione. Nell'ipotesi in cui l'arbitro non si dimetta ovvero le parti non riescano a raggiungere un accordo sulla sua rimozione, ciascuna di esse può richiedere l'intervento dell'autorità giudiziaria affinché decida sulla questione.

La norma è volta a garantire la celerità del procedimento arbitrale, che non può essere rallentato da circostanze o fatti personali dell'organo giudicante. Gli impedimenti possono essere molteplici, come circostanze naturali quali la morte o una grave malattia del giudice privato, un lungo viaggio all'estero

⁴⁴⁵ La domanda di attribuzione di esecutività del lodo in pendenza del procedimento di ricusazione dinanzi alla corte di appello deve essere rifiutata quanto sussiste uno dei motivi per cui il lodo potrebbe essere annullato, *ex par.* 1060, comma secondo, ZPO. Cfr. D'ALESSANDRO, *Il giudizio di annullamento del lodo arbitrale nell'ordinamento tedesco dopo la riforma del 1998*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 563 ss.

o una pena detentiva.

Il legislatore tedesco chiarisce però che le dimissioni dell'arbitro o la sua rimozione concordata dalle parti non comportano automaticamente il riconoscimento dei motivi di dimissione di cui al primo comma del par. 1038 o del par. 1036, secondo comma, ZPO sulla ricusazione arbitrale.

5.6 Nomina di un arbitro sostitutivo

Nell'ipotesi in cui un arbitro venga rimosso dal proprio ufficio, si dimetta o venga ricusato è necessario provvedere alla nomina di un arbitro sostituto.

Il principio dell'autonomia delle parti caratterizza anche questo aspetto dell'istituto arbitrale. Infatti le modalità di nomina del sostituto possono essere liberamente stabilite dalle parti, che potranno anche prevedere la risoluzione dell'accordo arbitrale in una simile circostanza⁴⁴⁶.

Se le parti non hanno previsto alcunché, il par. 1039 ZPO stabilisce che la nomina del sostituto deve avvenire secondo le regole stabilite per la nomina dell'arbitro da sostituire.

6.1 Impugnazione del lodo

La legge tedesca statuisce che il lodo arbitrale ha, tra le parti, gli effetti di una sentenza passata in giudicato⁴⁴⁷. Il riconoscimento della forza di *res iudicata* al lodo rende l'arbitrato effettivamente uno strumento alternativo

446 ALBERS, in BAUMBACH – LAUTERBACH – ALBERS – HARTMANN, *ZPO Kurzkommentar*, op. cit., sub par. 1039, n. 2; SCHWAB – WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Monaco, 2000, p. 92.

447 La dottrina tedesca è concorde nel ritenere che il lodo produca effetti identici a quelli prodotti da un giudicato statale. Tuttavia si è precisato che il lodo arbitrale ha efficacia preclusiva di un altro processo con il medesimo oggetto non in applicazione del principio del *ne bis in idem*, ma piuttosto “in quanto obbligo privatistico di decidere la seconda causa nelle identiche modalità della precedente”. In tal senso D'ALESSANDRO, *Il giudizio di annullamento del lodo arbitrale nell'ordinamento tedesco dopo la riforma del 1998*, in *Riv. Arb.*, 2001, p. 564; cfr. SCHLOSSER, in STEIN – JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 1994, p. 271. Secondo parte della dottrina vi sarebbe comunque una significativa differenza tra lodo arbitrale e sentenza. Infatti l'esistenza di una sentenza passata in giudicato sullo stesso oggetto deve essere rilevata d'ufficio dal giudice, mentre nel caso del lodo è necessaria l'eccezione della parte interessata. La ragione del diverso trattamento si riviene nel fatto che l'intero procedimento arbitrale e così anche la relativa pronuncia si fondano sull'accordo e sull'autonomia delle parti. ALBERS, BAUMBACH – LAUTERBACH – ALBERS – HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, Monaco, 2011, sub 1055 Rz. 8.

alla giustizia statale⁴⁴⁸.

Il lodo per produrre gli effetti di una sentenza deve avere le caratteristiche di forma e contenuto previste dal par. 1054 ZPO ovvero deve essere redatto in forma scritta, sottoscritto dagli arbitri⁴⁴⁹, deve essere motivato, salvo che le parti ne abbiano concordemente escluso la motivazione, deve indicare il giorno ed il luogo della pronuncia e deve, infine, essere trasmesso ad ogni parte.

Un ulteriore presupposto affinché il lodo acquisti l'efficacia di cosa giudicata è che nessun mezzo di impugnazione sia spendibile avverso il lodo. Secondo la dottrina tedesca⁴⁵⁰, a tal riguardo non deve farsi riferimento all'azione di annullamento disciplinata dal par. 1041 ZPO, bensì all'ipotesi in cui le parti abbiano contemplato la possibilità di un'impugnazione del lodo arbitrale innanzi ad un collegio arbitrale di seconda istanza, in sostanza un giudizio arbitrale d'appello.

6.2 Correzione, interpretazione e integrazione del lodo

Il par. 1058 ZPO stabilisce che ogni parte può chiedere alla corte arbitrale: di correggere eventuali errori di calcolo, di scrittura e di stampa o errori simili contenuti nel lodo; interpretare determinate parti del lodo; integrare il lodo in relazione alle pretese fatte valere nel procedimento arbitrale ma non prese in considerazione nel lodo.

L'istanza delle parti deve essere presentata nel termine di un mese dal ricevimento del lodo, ma è consentito alle parti stabilire un termine differente.

Presupposto per l'esercizio del potere di correzione del lodo è che lo stesso contenga degli errori ovvero una difformità tra quanto voluto e quanto dichiarato.

La funzione interpretativa del collegio arbitrale è una significativa novità

448 SANGIOVANNI, *Il lodo arbitrale nel diritto tedesco*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 2, p. 437 ss.; D'ALESSANDRO, *Il giudizio di annullamento del lodo arbitrale nell'ordinamento tedesco dopo la riforma del 1998*, in *Riv. Arb.*, 2001, p. 563 ss.

449 Nei procedimenti arbitrali con più arbitri, il par. 1054 ZPO stabilisce che è sufficiente la sottoscrizione della maggioranza di tutti i membri del collegio arbitrale, a condizione che sia indicato il motivo della mancata sottoscrizione.

450 BOSCH, *Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren*, Tübingen, 1991, p. 42 ss.; D'ALESSANDRO, *Il giudizio di annullamento del lodo arbitrale nell'ordinamento tedesco dopo la riforma del 1998*, op. cit., p. 564.

non prevista per le sentenze statali, che risponde ad esigenze pratiche del procedimento arbitrale. Infatti frasi dubbie o troppo generiche, espressioni ambigue possono determinare difficoltà nell'esecuzione stessa del lodo e aumentare il rischio di impugnazioni. Per tale ragione, si riconosce direttamente all'organo che lo ha emesso, il potere di chiarire il significato delle espressioni contenute nel lodo.

In questo modo lo stesso collegio arbitrale procede ad un'interpretazione "autentica" della decisione pronunciata. L'interpretazione del lodo segue il principio sancito dal par. 133 BGB per cui si deve ricercare la reale volontà delle parti e non ci si deve fermare al senso letterale delle parole.

Infine è attribuito al collegio arbitrale il potere di emettere un lodo integrativo avente ad oggetto quelle domande avanzate dalle parti su cui non si è deciso. In questo modo si assicura la celerità del procedimento arbitrale e si evita l'instaurazione di un nuovo procedimento per la risoluzione delle questioni che non sono state in precedenza risolte.

Il tribunale arbitrale deve decidere sulle domande di correzione e interpretazione nel termine di un mese, su quelle di integrazione entro due mesi. I relativi procedimenti sono rimessi all'autonomia delle parti, ma deve essere garantito il diritto di ciascuno di presentare le proprie osservazioni e di essere, pertanto, informato dell'istanza. La pronuncia del tribunale arbitrale dovrà però rispettare i requisiti di forma e contenuto previsti dal par. 1054 ZPO per la valida emissione del lodo arbitrale.

6.3 Ricorso per annullamento *ex* paragrafo 1059 ZPO

Il lodo avente efficacia di giudicato può essere impugnato mediante il ricorso per annullamento⁴⁵¹ disciplinato dal par. 1059 ZPO. Competente a

451 Come è stato precisato da D'ALESSANDRO *Il giudizio di annullamento del lodo arbitrale nell'ordinamento tedesco*, op. cit., p. 568 il par. 1059 ZPO stabilisce che il lodo arbitrale può essere impugnato solo mediante azione di annullamento. Diversamente dal codice di procedura civile italiano che sancisce l'esperibilità avverso il lodo anche dei rimedi straordinari della revocazione e dell'opposizione di terzo, il legislatore tedesco non ha previsto tali possibilità per le parti. L'unico mezzo di impugnazione del lodo è la richiesta di impugnazione entro il termine di tre mesi. Se dopo la scadenza di tale termine vengono scoperti motivi di revocazione, la parte ha al massimo la possibilità di agire per ottenere il risarcimento dei danni eventualmente subiti, ai sensi del par. 826 BGB, ma è esclusa la possibilità di una domanda di impugnazione successiva. L'esecuzione del lodo potrà essere impedita solo mediante opposizione all'esecuzione, *Vollstreckungsgegenklage*, nel caso di eccezioni sorte o conosciute solo dopo la scadenza del termine per la domanda

conoscere della relativa domanda è l'*Oberlandesgericht*⁴⁵², la corte di appello, del luogo determinato dalle parti nella convenzione arbitrale o, in mancanza, del luogo ove si trova la sede dell'arbitrato. La sede deve trovarsi in Germania e può essere scelta dalle parti. Nell'ipotesi in cui le parti non vi abbiano provveduto la competenza è rimessa agli arbitri, che dovranno individuarla tenendo conto delle circostanze concrete e degli interessi delle parti.

La disciplina previgente non prevedeva limiti temporali per l'impugnazione del lodo. Al contrario la novella del 1998 ha introdotto un termine breve di tre mesi per la presentazione del ricorso di annullamento, mutuato dall'art. 34 della legge modello UNCITRAL relativo agli strumenti di controllo statale del lodo arbitrale. All'autonomia privata è però riconosciuto il potere di disporre di tale termine modificandolo, allungandolo, accorciandolo o addirittura eliminandolo mediante un accordo negoziale, diversamente da quanto previsto nella legge modello.

Il termine decorre dal giorno in cui la parte istante ha ricevuto il lodo, ma si ritiene che le parti possano accordarsi anche in merito alle modalità del computo del termine⁴⁵³.

Motivi di annullamento

Il par. 1059 ZPO elenca in modo tassativo le ipotesi che legittimano ad un'istanza di annullamento del lodo arbitrale e distingue tra due categorie di vizi del lodo: quelli rilevabili d'ufficio dal giudice e irrinunciabili, previsti dal comma secondo, n. 2, par. 1059 ZPO, e quelli rilevabili solo ad istanza di parte, la cui sussistenza deve essere dimostrata dalla parte istante, di cui

di impugnazione. Cfr. WALTER, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania – Svizzera – Italia)*, op. cit., p. 682.

452 La competenza della corte di appello è una novità introdotta nell'ordinamento tedesco con la novella del 1998, che contribuisce all'accelerazione dell'intera procedura arbitrale. La corte di appello decide per lo più in modo definitivo, considerato che il ricorso alla Corte suprema contro la decisione della corte d'appello incontra due limiti: fino ad un valore di 60000 marchi e nelle controversie non patrimoniali il ricorso dipende dall'autorizzazione della corte di appello.

453 WALTER, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania – Svizzera – Italia)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 682, secondo l'A. lasciando alle parti la possibilità di disporre del termine di impugnazione del lodo si evita che siano messe sotto pressione le eventuali trattative tra le stesse per la conclusione di una transazione sulle modalità di adempimento del lodo o che venga proposta una domanda di impugnazione a scopo meramente preventivo.

al n. 2 dello stesso articolo.

I casi di nullità sono pienamente conformi a quanto previsto dall'art. 34 della legge Modello UNCITRAL.

a) Difetto di capacità di compromettere soggettiva e invalidità del compromesso.

Il lodo arbitrale può essere impugnato quando la convenzione arbitrale è stata stipulata da una parte incapace secondo il diritto tedesco ovvero la stessa convenzione è invalida secondo il diritto a cui le parti la hanno subordinata o in mancanza di un accordo secondo il diritto tedesco.

Con tale disposizione il legislatore tedesco riconosce espressamente la possibilità che le parti applichino al patto compromissorio una legge sostanziale diversa da quella tedesca.

b) Vizi del procedimento

La mancata informazione di una delle parti circa l'avvenuta nomina di un arbitro o della stessa pendenza del procedimento arbitrale o l'impossibilità per qualsiasi motivo di far valere i propri diritti sono legittime cause di impugnazione del lodo. Si garantisce in questo modo il rispetto del principio del contraddittorio tra le parti anche nel procedimento arbitrale.

c) *Extra compromissum*

L'ordinamento tedesco prevede che il lodo possa essere impugnato, se gli arbitri hanno pronunciato su controversie o questioni non menzionate nella convenzione o se il lodo contiene decisioni che superano i limiti della stessa convenzione arbitrale. In tal caso se la parte del lodo arbitrale, che ha deciso su questioni controverse non soggette al procedimento arbitrale può essere scissa dalle altre, si procederà ad un annullamento solo parziale del lodo.

Causa di nullità è dunque la extra petizione ma non anche l'omissione, il non aver deciso cioè su tutte le domande proposte dalle parti. In questa seconda ipotesi sussisterà una responsabilità contrattuale degli arbitri per non aver adempiuto in modo completo e diligente al proprio incarico, ma il lodo non sarà impugnabile.

d) Irregolarità nella formazione del collegio arbitrale o nella procedura

arbitrale

Il lodo può essere impugnato laddove la costituzione del tribunale arbitrale non sia conforme alle prescrizioni del codice di procedura civile tedesco ovvero a quanto è stato stabilito dalle parti nella convenzione arbitrale. Tali irregolarità rilevano ai fini dell'annullamento del lodo solo se è da ritenere che il vizio abbia avuto effetti sul lodo. In questo modo si evita che un vizio meramente formale della procedura determini e legittimi un procedimento di impugnazione del lodo.

I motivi di annullamento del lodo rilevabili d'ufficio sono: la mancanza della compromettibilità oggettiva secondo il diritto tedesco; la contrarietà degli effetti del lodo all'ordine pubblico.

Il primo motivo è stato introdotto con la novella del 1998, la previgente disciplina non prevedeva infatti un vizio analogo ma genericamente riteneva impugnabile il lodo per invalidità del patto compromissorio.

Il giudice potrà procedere all'annullamento del lodo, infine, se accerta che il riconoscimento o l'esecutività del lodo conducono ad un risultato contrario all'ordine pubblico.

6.4 Effetti dell'impugnazione

Il quarto comma del par. 1059 ZPO stabilisce che il giudice quando annulla il lodo può, su istanza di parte, rinviare la decisione della causa agli arbitri.

Dalla disposizione si evince con chiarezza che la natura di tale giudizio è di mero annullamento. Alla corti statali è affidato il compito di procedere ad un controllo esterno della validità del lodo, ma non anche di valutare e decidere il merito della controversia. La competenza a decidere il merito della controversia è rimessa agli stessi arbitri e non al giudice statale.

Infatti l'annullamento del lodo lascia sopravvivere la convenzione arbitrale e quindi la volontà delle parti di devolvere la decisione della controversia ad un giudice privato e non statale, *ex* quinto comma par. 1059 ZPO. Il vizio del lodo non libera le parti dalla convenzione alla quale continuano ad essere obbligate.

Secondo una parte della dottrina⁴⁵⁴, è necessario che la decisione venga rimessa ad un diverso collegio arbitrale, in quanto il precedente avrebbe esaurito il proprio potere decisionale con la pronuncia del lodo. Altro orientamento⁴⁵⁵, considera competente invece il collegio arbitrale che ha pronunciato il lodo annullato ad un riesame della controversia.

Tale meccanismo non sarà operante, tuttavia, nel caso in cui il lodo sia stato annullato per incompromettibilità della controversia ovvero per parzialità dell'arbitro. Pertanto in tali ipotesi la vicenda arbitrale è conclusa e le parti se lo ritengono opportuno possono iniziare un nuovo procedimento arbitrale ma dinanzi ad altri arbitri.

6.5 Profili di responsabilità degli arbitri

La nuova disciplina dell'arbitrato tedesco riprende e corrisponde per gran parte alla Legge Modello della UNCITRAL anche in relazione alle lacune normative.

Il legislatore tedesco non disciplina almeno direttamente alcuni temi, quali l'arbitrato multipartito, l'onorario degli arbitri e la loro responsabilità, il potere del tribunale di modificare il contratto, le modalità di assunzione delle prove, l'obbligo di riservatezza, la comunicazione tra arbitri.

La responsabilità arbitrale trova però la sua disciplina nel codice civile tedesco. Infatti con l'accettazione dell'incarico, tra gli arbitri e le parti si instaura un rapporto di natura contrattuale, riconducibile al mandato, soggetto alle disposizioni generali in materia di contratti e obbligazioni. Il par. 276 BGB⁴⁵⁶ che prevede la responsabilità del debitore per colpa o per dolo, che trova applicazione anche nel procedimento arbitrale. Gli arbitri sono responsabili nei confronti delle parti per tutti quegli atti od omissioni

454 WALTER, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania – Svizzera – Italia)*, op. cit., p. 684.

455 SCHWAB – WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Monaco, 2000, p. 279 ss.

456 Il par. 276 BGB, rubricato “*Verantwortlichkeit des Schuldners*“, dispone che:” (1) *Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.* (2) *Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.* (3) *Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden*”.

dannose, che sono state compiute con colpa o con dolo.

La violazione degli obblighi previsti nello ZPO per gli arbitri può dunque determinare la responsabilità arbitrale. La violazione del *duty of disclosure* previsto dal par. 1036 ZPO ovvero l'accettazione dell'incarico arbitrale non comunicando alle parti l'esistenza di circostanze che possono dar luogo a dubbi sulla propria imparzialità o indipendenza, rende gli arbitri responsabili nei confronti di chi ha fatto affidamento sulla loro neutralità⁴⁵⁷.

In relazione al contenuto dei provvedimenti emanati dagli arbitri, il legislatore tedesco ravvisa una responsabilità dell'organo giudicante solo in ipotesi residuali. Infatti, trova applicazione anche in tema di arbitrato il par. 839, comma secondo, BGB⁴⁵⁸, in virtù del quale il pubblico ufficiale che viola i propri doveri d'ufficio nell'emissione di una sentenza, risponde del danno che ha provocato solo se la violazione del dovere configuri un fatto di reato. Con tale disposizione si intende tutelare la piena libertà del giudice di risolvere la controversia secondo scienza e coscienza, limitando il rischio di azioni di responsabilità con finalità meramente intimidatorie, ma si attribuisce carattere di eccezionalità⁴⁵⁹ alle ipotesi di responsabilità arbitrali. Di certo l'arbitro risponderà dei danni subiti dalle parti nel caso in cui la propria condotta integri il reato di alterazione strumentale del diritto, di cui al par. 339 StGB⁴⁶⁰. L'arbitro che altera il diritto a vantaggio di una delle parti della controversia, è punito con la pena detentiva da uno a cinque anni e sarà tenuto al risarcimento dei danni subiti dalla parte.

457 Cfr. SCHWAB – WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, op. cit., p. 114 ss.; SCHWYTZ, *Schiedsklauseln und Schiedsrichtervertrag*, Heidelberg, 2001, p. 18; SANGIOVANNI, *Il rapporto contrattuale tra gli arbitri e le parti nel diritto tedesco*, in *I contratti*, 2005, 8 – 9, p. 835 ss.

458 Il par. 839, comma secondo, BGB stabilisce che: "(2) Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung".

459 Cfr. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, Monaco, 2004, p. 1276.

460 Il par. 339 StGB è rubricato "*Rechtsbeugung*" e stabilisce che: "*Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft*".

CAPITOLO IV:

L'IMPARZIALITÀ DELL'ARBITRO NELL'ORDINAMENTO

GIURIDICO SPAGNOLO

1.1 L'istituto arbitrale. 1.2 L'arbitro. 1.3 La nomina degli arbitri. 1.4 Nomina da parte di un terzo. 1.5 Nomina ad opera del giudice. 1.6 Analisi dell'articolo 15 legge 60/2003. 2.1 Capacità di essere arbitro. 2.3 Condizione di avvocato. 2.4 Arbitro *inhabilis*. 3.1 Arbitro *suspectus*. 3.2 *Imparcialidad e independencia*. 3.3 Imparzialità e indipendenza degli arbitri. 3.4 Garanzie dell'imparzialità. 3.5 Il dovere di imparzialità. 4.1 La ricusazione. 4.2 Le cause di ricusazione disciplinate dalla legge 23 dicembre 2003 n. 60. 4.3 Informazione personale dell'arbitro. 5.1 Procedimento di ricusazione. 5.2 Le caratteristiche del procedimento. 6.1 *Impugnación del laudo*. 6.2 Effetti dell'annullamento del lodo

1.1 L'istituto arbitrale

L'arbitrato spagnolo⁴⁶¹ è disciplinato dalla legge del 23 dicembre 2003 n. 60 (cd. LA)⁴⁶², entrata in vigore il 26 marzo del 2004. Il regime giuridico adottato si basa principalmente sulla legge modello della Uncitral del 21 giugno 1985, relativa all'arbitrato internazionale, elaborata dalla commissione sul diritto mercantile internazionale delle Nazioni Unite.

Prima di tale riforma, due erano le leggi dirette a regolare la materia arbitrale: la legge sull'arbitrato di diritto privato del 22 dicembre 1953 (cd. Lap)⁴⁶³ e la legge sull'arbitrato 5 dicembre 1988 n. 36⁴⁶⁴, abrogata dalla

461 La legislazione spagnola riconosce tre forme di arbitrato: l'arbitrato *ad hoc*, ovvero quello in cui le parti possono designare gli arbitri che decideranno la questione controversa e determinare liberamente le regole dello stesso procedimento arbitrale; l'arbitrato "*deferido*", che presuppone che le parti deferiscano ad un terzo la designazione degli arbitri, competenti a risolvere il conflitto, seguendo un procedimento stabilito dagli stessi arbitri o dalle parti; e l'arbitrato "*institucional*", che implica l'esistenza di una persona giuridica che gestisca e amministri la procedura arbitrale, incaricandosi di nominare l'arbitro o gli arbitri e di individuare le regole procedurali da seguire. Cfr. A. M. LORCA NAVARRETE, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Madrid, 2000, p. 218 ss.; T. ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, Madrid, 2010, p. 555 ss.; ROTONDI, *The arbitration. L'arbitrato. L'arbitrage. El arbitrage. A arbitragem. Das schiedsgerichtsverfahren*, Milano, 1991, p. 297 ss.

462 Pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado español*, in BOE, n. 309, del 26 dicembre 2003. Per un commento completo alla legge si veda YANEZ VELASCO, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia, 2004.

463 Questa legge era stata oggetto di molteplici critiche della dottrina internazionale e interna, tanto da essere conosciuta in Spagna come la legge "antiarbitrato". La legge è stata pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado español*, in BOE, n. 358, del 24.12.1953.

normativa vigente.

Con il cambiamento del mercato interno e internazionale, la legge del 1988 è divenuta inadatta a disciplinare lo strumento dell'arbitrato. La necessità di maggiori garanzie, di incentivare il ricorso ai rimedi di risoluzione alternativa delle controversie, nonché l'opportunità di uniformare il sistema spagnolo alla legge modello e agli altri sistemi arbitrali moderni ha indotto il legislatore spagnolo all'adozione della legge n. 60 del 2003.

La legge è composta da nove titoli, una disposizione aggiuntiva, una transitoria, una disposizione abrogativa e tre disposizioni finali⁴⁶⁵.

L'obiettivo che il legislatore spagnolo si pone con l'introduzione della LA è l'armonizzazione della disciplina arbitrale. In ambito internazionale, tale finalità viene realizzata equiparando lo strumento arbitrale spagnolo a quanto previsto nella legge modello Uncitral. Nel diritto interno, la nuova normativa si pone come norma di diritto comune generale, applicabile interamente a tutti gli arbitrati che non abbiano una propria concreta regolamentazione. Trova, inoltre, applicazione la legge del 2003 in via suppletiva⁴⁶⁶, agli arbitrati già regolamentati, con esclusione di quelli in cui

464 La legge n. 36 del 5 dicembre 1988, è stata pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado español*, in BOE, n. 293 del 7 dicembre 1988. L'iter che ha portato all'introduzione di questa legge ha avuto inizio nel 1978 in corrispondenza con i lavori per l'elaborazione di un progetto di legge-modello sull'arbitrato per i Paesi di lingua spagnola. Tale progetto venne studiato e modificato dalla Commissione generale di codificazione spagnola fino a trasformarsi nella legge 36/1988. Cfr. RECCHIA, *Arbitrato. VII) Diritto comparato e straniero (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003, II, p. 9 ss.

465 Il titolo I, dall'art. 1 a 8, contiene le disposizioni generali sull'arbitrato: l'ambito di applicazione della legge (art. 1); le materie oggetto di arbitrato (art. 2); la determinazione del carattere internazionale dell'arbitrato (art. 3); le regole interpretative che devono guidare l'attuale legislazione (art. 4); le norme sulle notificazioni, comunicazioni e computo dei termini (art. 5); la tacita rinuncia alla facoltà di impugnazione (art. 6); la limitazione all'intervento giudiziale (art. 7); e le norme di competenza oggettiva e territoriale per i procedimenti di appoggio e controllo dell'arbitrato (art. 8). Il titolo II determina i requisiti e gli effetti della clausola compromissoria (artt. 9-11). Il titolo III si concentra sulla regolamentazione della figura dell'arbitro unico o del collegio arbitrale (artt. 12-21). Il titolo IV sulla competenza degli arbitri (art. 22) e la loro potestà ad adottare misure cautelari nei procedimenti arbitrali (art. 23). Il titolo V è dedicato alla disciplina dei provvedimenti emanati dagli arbitri (artt. 24-33). Il titolo VI è dedicato al lodo e alle possibilità ulteriori di conclusione del procedimento arbitrale (artt. 34-39). Il titolo VII (artt. 40-43) riguarda l'annullamento e la revisione del lodo. Il titolo VIII disciplina l'esecuzione forzata del lodo (artt. 44-45). Infine il titolo IX, composto dal solo art. 46, disciplina l'*exequatur* dei lodi arbitrali stranieri, riproducendo quanto previsto nella convenzione di New York del 1958.

466 Le norme suppletive fanno parte del *genus* delle norme relative e devono intendersi come le norme "che provvedono a colmare le *lacune* lasciate dalle parti nella disciplina da loro stesse dettata", mentre quelle dispositive, anche esse parte del *genus* norme relative, "entrano in applicazione soltanto nell'ipotesi in cui *manchi* una disciplina delle parti". Le due norme possono distinguersi per "una diversità di grado", in quanto la norma suppletiva "integra una insufficienza", mentre la norma dispositiva ripara una mancanza. Le norme dispositive e suppletive non si distinguono per la particolare efficacia, ma "in base alla

le rispettive peculiarità contrastino con quanto previsto nella *LA* ovvero sussista una norma che ne disponga l'inapplicabilità.

Infine, l'armonizzazione e l'unificazione si realizza con l'introduzione di un sistema unico valido ed applicabile sia all'arbitrato interno che a quello internazionale⁴⁶⁷.

Lo scorso 21 maggio⁴⁶⁸ è stata pubblicata nel *Boletín Oficial de Estado* la legge n. 11 del 20 maggio 2011⁴⁶⁹ di riforma della legge arbitrale del 2003. L'intento della recente riforma, come chiarito nel preambolo della legge, è di migliorare qualitativamente la disciplina dell'arbitrato, uniformarsi alla disciplina internazionale e garantire un più facile accesso alla procedura arbitrale. Il legislatore spagnolo dopo un'analisi dell'utilizzo dello strumento dell'arbitrato negli ultimi anni, ha ritenuto opportuno introdurre alcuni nuovi precetti nella legge del 2003 che abbiano l'effetto di aumentare la sicurezza giuridica e l'efficacia della procedura arbitrale.

Con le medesime finalità, la riforma procede a rafforzare il ruolo delle istituzioni arbitrali e a modificare la disciplina della nomina degli arbitri, ampliando la gamma di professionisti, con conoscenze giuridiche, che possono intervenire nell'arbitrato. Vengono incrementate le garanzie per le parti, prevedendo che le stesse, i testimoni, i periti e qualsiasi altra persona intervenga nel procedimento arbitrale possano utilizzare la propria lingua, ai

composizione della fattispecie” che prevede tra gli altri elementi il fatto negativo della mancanza o dell'insufficienza dell'accordo delle parti. La fattispecie della norme dispositive risulta dalla combinazione di almeno due fatti: il fatto costitutivo del rapporto disciplinato ed il fatto negativo dell'assenza dell'accordo delle parti. La fattispecie della norma suppletiva risulta dal combinato di almeno tre fatti: il fatto costitutivo del rapporto disciplinato, l'accordo delle parti, e il fatto negativo dell'insufficienza dell'accordo, ossia dell'assenza dell'accordo su taluni punti della disciplina. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 88 s.

467 Sebbene molte disposizioni siano comuni ad arbitrato interno e internazionale, alcune norme sono dettate in via esclusiva per quest'ultimo. Tra le quali: l'articolo 1, che disciplina l'applicazione della legge agli arbitrati internazionali con sede nel territorio spagnolo; l'articolo 3 che contiene la definizione di arbitrato internazionale; l'articolo 8, sesto comma, che detta il criterio per la designazione del tribunale competente per l'*exequatur* dei lodi stranieri.

468 Nella stessa data è stata altresì pubblicata nel *Boletín Oficial de Estado* la *Ley Organica n. 5 del 20.5.2011*, complementare alla legge n. 11, che ha modificato la legge *Organica del 1985 n. 6*.

469 Per un primo commento al progetto di legge poi approvato si veda, A. M. LORCA NAVARRETE, *Se aprueba el proyecto de ley que reformará la vigente ley de arbitraje*, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2010, 1, tomo XXII, p. 625 ss.; F. J. LETURIA INFANTE, *Ampliación del ámbito del arbitraje. Una solución estructural para algunos de los problemas de la justicia civil*, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, ult. loc., p. 23 ss.

sensi dell'art. 28.

Viene inoltre modificata la legge n. 1 del 7 gennaio 2000 *de Enjuiciamiento Civil*, cd. LEC, in particolare l'art. 722, per consentire alle parti di una convenzione arbitrale, prima che il procedimento sia iniziato, di richiedere rimedi cautelari al tribunale⁴⁷⁰.

1.2 L'arbitro

Il titolo III della legge 60/2003 è rubricato “*De los árbitros*” e regola la figura, la nomina e la responsabilità degli arbitri.

La disciplina minuziosa contenuta negli artt. 12-21 trova il suo fondamento nella massima “*el arbitraje vale lo que valen los arbitros*”. La correttezza, “*bondad o maldad*”, dell'arbitrato dipende dalla persona dell'arbitro.

Solo l'arbitro è, infatti, competente a dirigere il procedimento arbitrale e a risolvere la controversia. Dalla persona dell'arbitro dipende la qualità degli argomenti posti a fondamento del lodo e della sua decisione, e dallo stesso dipende la tutela e la concreta applicazione dei principi della “*audiencia*”⁴⁷¹ e di uguaglianza⁴⁷², come la valutazione della propria competenza a decidere la controversia ed il rispetto dell'ordine pubblico nel lodo.

1.3 La nomina degli arbitri

La legge spagnola lascia alle parti un'ampia autonomia negoziale,

470 Sulle problematiche relative alla tutela cautelare nell'arbitrato prima della recente riforma: L. A. CUCARELLA GALIANA, *Arbitrato e tutela cautelare in Spagna: prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1, p. 229 ss.; OSTELLS RAMOS, *Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil*, in *Actualidad Civil*, 1996, n. 4, p. 925 ss.

471 Il principio di *audiencia*, traducibile come “*udienza*”, diritto di essere ascoltato, trova il suo fondamento direttamente nelle norme costituzionali, e precisamente nell'art. 24 della Costituzione spagnola che enuncia il principio del diritto di difesa. La norma fa riferimento al diritto ad una tutela effettiva nei giudizi di cui si è parte e precisa che “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

472 Il principio di uguaglianza processuale viene definito come quella necessità che tutte le parti di un processo dispongano di uguali mezzi per difendere e dimostrare le proprie posizioni e pretese. “*La igualdad procesal de las partes supone que ambas tengan las mismas posibilidades de alegación y práctica de prueba*”, così viene definito il principio di uguaglianza processuale da MÉNDEZ BARRERA, *Sent. Audiencia Provincial Cordoba de 27 de mayo de 1996*, in *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 3, 1997, 129, p. 611 ss.

prevedendo che siano le stesse a determinare il numero degli arbitri che formerà l'organo arbitrale, purché siano dispari e precisando che, in mancanza di un accordo, verrà designato un arbitro unico⁴⁷³. Alle parti è altresì riconosciuto il potere di stabilire il procedimento per la nomina degli arbitri purché venga rispettato il principio di uguaglianza.

Il “*principio de igualdad*” è lo strumento accordato dal legislatore per salvaguardare quella che viene considerata la pietra angolare dell'arbitrato ovvero la designazione degli arbitri, da possibili abusi delle parti. Rappresenta un limite all'applicazione del principio “*pacta sunt servanda*”, allorché le parti prevedano un procedimento per la nomina arbitrale che possa favorire una di esse a danno dell'altra.

L'arbitro può essere designato in forma diretta o in forma indiretta: dalle stesse parti o attraverso un terzo nominato a tale fine. Entrambe le forme sono previste sia per l'arbitrato *ad hoc* che per quello istituzionale, tra i quali, dunque, non vi è alcuna distinzione in relazione alle modalità di nomina degli arbitri. Ciò che caratterizza e differenzia l'arbitrato istituzionale è la regolamentazione e l'amministrazione dello stesso da parte di un'istituzione arbitrale a ciò predisposta.

Le parti possono nominare gli arbitri in diversi momenti: nella stessa convenzione d'arbitrato, in un accordo integrativo e posteriore alla stessa ovvero dopo che il conflitto sia sorto.

In ogni caso la designazione dell'arbitro o degli arbitri è un atto negoziale di integrazione della convenzione arbitrale, ciò sia nell'arbitrato *ad hoc* che in quello istituzionale, ove promanerà da un terzo e non dalle parti.

La nomina diretta, effettuata nella convenzione arbitrale, garantisce sicuramente la formazione del rapporto fiduciario tra le parti e l'organo giudicante, che caratterizza proprio lo strumento arbitrale. Tuttavia, tale procedimento di nomina presenta degli aspetti negativi.

In primis, viene trascurato uno dei maggiori vantaggi del ricorrere ad un sistema di giustizia privata, ovvero la specializzazione del giudicante, in quanto al momento della stipulazione della convenzione arbitrale le parti

473 In ciò si distingue la legge del 2003 dall'art. 13 della Legge arbitrale del 1998 e dalla legge modello Uncitral, le quali al contrario prevedono, in assenza di un accordo delle parti, la formazione di un collegio arbitrale formato da tre componenti.

possono essere solo a conoscenza del rapporto giuridico tra loro intercorrente ma non anche della natura e della materia specifica della controversia. *In secundis*, in caso di mancata accettazione della nomina da parte dell'arbitro individuato dalle parti, troveranno applicazione le norme suppletive previste *ex lege*, ai sensi delle quali gli arbitri saranno nominati dal *Juez de Primera Instancia* (a prescindere dunque dalla scelta nominativa delle parti).

Anche la nomina effettuata dopo il sorgere della stessa controversia non è esente da problematiche.

La nomina di un arbitro unico, scelto di accordo tra le parti e successivamente all'insorgere della controversia, sarebbe senz'altro la miglior soluzione possibile, in quanto garantisce da un lato, la nomina di un giudice competente ed idoneo alla soluzione della questione controversa, dall'altro incrementa l'*auctoritas* dell'arbitro e del suo operato, su cui le parti litigiose hanno riposto fiducia. Tuttavia, nella prassi, questa è una soluzione poco diffusa, infatti, una volta che il conflitto è insorto difficilmente le parti riusciranno a raggiungere un accordo, anche, solo circa la nomina dell'arbitro.

Nell'ipotesi in cui le parti si siano accordate per la nomina di un collegio arbitrale, senza stabilire il procedimento di designazione, l'articolo 15 della legge del 2003 prevede che ciascuna parte nominerà il proprio arbitro e gli stessi, così individuati, designeranno il terzo arbitro che assumerà il ruolo di presidente del collegio.

Questo procedimento di nomina pone maggiori dubbi sull'imparzialità e l'indipendenza dell'organo giudicante. Infatti, gli arbitri avendo ricevuto la propria designazione da una delle parti della controversia, potrebbero tenere una condotta più vicina a quella di avvocati che di giudicanti, e mostrarsi favorevoli alle argomentazioni e alle domande della parte che li ha nominati. Questo rapporto fiduciario privilegiato tra arbitro e parte non solo comporta una disfunzione all'interno del collegio giudicante e nel lavoro che dovrà essere realizzato compiutamente dal terzo arbitro, ma espone anche gli arbitri al rischio di riconsiliazione.

Inoltre, nell'ipotesi in cui all'interno dell'organo giudicante non si riesca a realizzare una maggioranza sufficiente a risolvere la controversia la decisione è rimessa al presidente del collegio, salva diversa volontà delle

parti. Pertanto, in una simile circostanza i maggiori costi sostenuti dalle parti per avere un collegio, diverrebbero inutili, poiché la controversia potrebbe essere risolta con una decisione non collegiale bensì unipersonale⁴⁷⁴.

1.4 Nomina da parte di un terzo

Il procedimento di nomina che garantisce una maggiore imparzialità e indipendenza degli arbitri, o almeno l'equidistanza dell'organo giudicante dalle parti della controversia, consiste nel rimettere tale scelta ad un terzo, che goda della fiducia dei soggetti coinvolti.

La designazione dell'arbitro ad opera di un terzo era espressamente vietata nella legge del 1953. La sua utilità fu riconosciuta nella legge del 1988 e confermata nel 2003, al punto che la legge arbitrale non si limita, oggi, a consentire alle parti di deferire la nomina dell'organo arbitrale direttamente ad un terzo, ma adopera tale sistema come procedura suppletiva di designazione arbitrale in assenza di un diverso accordo delle parti.

L'art. 15 della legge del 2003 stabilisce, infatti, che, nel silenzio delle parti, sarà il tribunale competente a provvedere alla nomina dell'organo giudicante.

Tale disposizione consacra il principio della conservazione della convenzione arbitrale, in quanto prevede che la convenzione non sarà priva di effetto per il solo fatto che l'arbitro non voglia o non possa accettare la designazione ovvero che non sia possibile procedere alla designazione degli arbitri secondo le modalità disposte dalle parti. In tutte queste ipotesi l'organo giudicante verrà infatti nominato da un terzo: il giudice.

Quando le parti stabiliscono che sia un terzo a nominare l'arbitro, può trattarsi tanto di una persona concreta e determinata, quanto della persona che al momento dell'insorgere della controversia rivestirà un determinato incarico o avrà un determinato titolo.

In entrambi i casi le parti conferiscono incarico al terzo di provvedere alla designazione dell'organo giudicante attuando così la loro volontà. Nessuna relazione verrà pertanto ad instaurarsi tra arbitro e terzo designante, ma solo

474 Gli arbitri facenti parte il collegio potrebbero svolgere probabilmente un ruolo argomentativo o di supporto alla redazione del lodo, ma la decisione finale spetterebbe in via esclusiva al Presidente.

tra parti e terzo. Tale relazione giuridica si fonda su un contratto di mandato che sarà disciplinato dagli artt. 1709 ss. del codice civile⁴⁷⁵.

Il terzo che designa l'arbitro su incarico delle parti è considerato un mandatario. Quest'ultimo pone in essere, infatti, un servizio che consiste nella mera designazione di un arbitro, per conto e su incarico delle parti, seguendo le loro indicazioni e prescrizioni. Nell'adempimento del suo incarico il terzo deve limitarsi alla sola individuazione e designazione dell'arbitro, non avendo alcun potere di organizzazione, di supervisione e controllo sulla procedura arbitrale.

1.5 Nomina da parte del giudice

Nell'ipotesi in cui le parti non abbiano pattuito la nomina dell'arbitro e non abbiano in alcun modo determinato i criteri per provvedere alla sua designazione, trova applicazione il procedimento suppletivo previsto dall'art. 15 LA.

L'articolo riproduce un sistema già previsto nella legge del 1988, denominato “*fomalización o intervención judicial*”, e recepito dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici moderni.

Tuttavia nella nuova disposizione, la designazione giudiziale non ha solo un carattere suppletivo ovvero non troverà applicazione solo in assenza di un accordo delle parti in materia, ma anche in tutte quelle ipotesi in cui attraverso le modalità pattuite dalle parti non sia possibile procedere alla designazione dell'organo arbitrale. Questo elemento differenzia l'art. 15 LA dalla *Ley* del 1988, sancendo un principio di conservazione della convenzione arbitrale e di preferenza della via arbitrale rispetto alla giustizia ordinaria⁴⁷⁶.

475 Art. 1709 *codigo civil*: “*Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra*”. Si veda per approfondimenti sul tema: MORATÒ, *El Derecho Civil Español*, Reimp. De la ed. de Valladolid. Imp. Y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, Madrid, 1877, p. 459.

476 L'articolo 15 Legge Arbitrale si applica solo alle ipotesi di designazione giudiziale, non anche all'arbitrato istituzionale. Infatti anche se la disposizione non lo prevede espressamente, tale limitazione nell'ambito di applicazione si desume dal contenuto, come ad esempio dall'utilizzo del termine “tribunale” e non istituzione arbitrale. Ciò si ricava anche dal fatto che la legge adotta il procedimento verbale per la designazione dell'arbitro e infine dall'art. 8 che individua quale giudice competente per la nomina dell'arbitro il *Juez de Primera Instancia* del luogo ove ha sede l'arbitrato ovvero in difetto del luogo del domicilio

Al fine di evitare che tale sistema⁴⁷⁷ si tramuti in uno strumento di paralizzazione giudiziale della procedura arbitrale la designazione giudiziale deve essere celere e devono essere attribuiti al giudice di prima istanza dei criteri per procedere ad una veloce e sicura designazione.

Garanzie della prima finalità sono: il ricorso al giudizio verbale e la non ricorribilità separata e autonoma delle ordinanze interlocutorie⁴⁷⁸ che la corte pone in essere in quel procedimento, così come quella con cui si procede alla designazione degli arbitri.

Garanzia del secondo obiettivo è la regola circa la convenienza che negli arbitrati internazionali l'arbitro unico ovvero il terzo arbitro abbia nazionalità diversa da quella delle parti.

In queste ipotesi, in difetto di accordo delle parti sulla designazione dell'arbitro, una qualunque delle stesse potrà sollecitare il tribunale competente affinché provveda alla nomina dell'organo giudicante.

Il tribunale potrà rigettare l'istanza laddove ravvisi ed accerti l'inesistenza della convenzione arbitrale, tenuto conto tuttavia del tenore letterale dell'art. 9, comma 5, *ley* 2003⁴⁷⁹ che prevede il riconoscimento tacito della convenzione nell'ipotesi in cui l'esistenza venga contestata da una sola delle parti.

La designazione giudiziale si realizza mediante sorteggio, come era previsto anche nella legge del 1988, tuttavia le nuove disposizioni garantiscono che il sorteggio non sia uno strumento meramente aleatorio che possa includere professionisti con competenze aliene a quelle necessarie per la risoluzione della controversia concreta. Si esige, infatti, dal tribunale competente la

o della residenza abituale di una delle parti convenute (“demandados”), e se non è in Spagna quello dell'attore, e se nemmeno quest'ultimo ha domicilio in Spagna si farà riferimento al domicilio eletto.

477 Come si precisa nella *Exposición de Motivós* della legge arbitrale n. 60 del 2003.

478 Le ordinanze interlocutorie sono provvedimenti non definitivi con i quali il giudice decide su questioni incidentali o preliminari. Si distinguono in: *auto interlocutorio simple* e *auto interlocutorio definitivo*. Il primo è una risoluzione giudiziale che non interessa la domanda principale del processo, trattandosi di una questione distinta da quella principale del processo, ma collegata direttamente alla stessa, che viene decisa in modo separato. Il secondo consiste in una risoluzione giudiziale che ha forza di sentenza, in quanto eccezionalmente, decide o definisce una situazione giuridica determinata. Il capitolo VIII, sezione I, della *Ley de Enjuiciamiento civil n. 1/2000*, è rubricato “*De las Clases, Forma y Contenido de las Resoluciones y del modo de dictarlas, publicarlas y archivarlas*”, individua le tipologie di atti che possono essere emesse dall'organo giudicante e ne disciplina il regime giuridico.

479 L'art. 9, quinto comma, della legge arbitrale del 2003 prevede, infatti: “*Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.*”

predisposizione di una lista con tre nominativi per ciascun arbitro, che formerà l'organo giudicante, tenendo conto dei requisiti stabiliti dalle parti e adottando i mezzi necessari per assicurare l'indipendenza e l'imparzialità degli stessi dalle parti in causa⁴⁸⁰.

Avverso la decisione adottata dal tribunale competente nel procedimento di designazione dell'organo arbitrale, non è ammesso alcun ricorso, salvo contro quelle decisioni con cui viene rigettata la richiesta di designazione giudiziale per inesistenza della stessa convenzione arbitrale.

1.6 Analisi dell'articolo 15 legge 60/2003

Il secondo comma dell'art. 15 LA dispone che le parti possono liberamente stabilire il procedimento per la nomina degli arbitri, purché non venga violato il principio di uguaglianza, o meglio la *par condicio* delle parti nella designazione dell'organo giudicante.

Nel silenzio delle parti il legislatore stabilisce differenti procedure di nomina arbitrale.

Nel caso in cui le parti abbiano optato per un organo unipersonale, l'arbitro verrà nominato dal tribunale competente su richiesta di una delle parti.

Nell'ipotesi in cui invece le parti abbiano scelto un collegio formato da tre arbitri, ognuna delle parti provvederà alla nomina di un arbitro e i due arbitri così individuati, designeranno il presidente del collegio arbitrale. Le parti devono però provvedere alla nomina dell'arbitro nel termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione della richiesta di controparte. Trascorso invano tale termine alla nomina provvederà il tribunale competente su istanza della parte non inadempiente.

La competenza del tribunale alla nomina arbitrale sussiste anche nell'ipotesi in cui gli arbitri nominati dalle parti non riescano a giungere ad un accordo sulla nomina del presidente, nel termine di trenta giorni dall'ultima accettazione.

Nel caso di pluralità di attori o convenuti, i primi congiuntamente nomineranno un arbitro e i secondi l'altro.

480 Nell'arbitrato internazionale sarà, inoltre, compito del tribunale competente assicurarsi che l'arbitro unico ovvero il terzo arbitro, in caso di collegio, abbia nazionalità differente da quella delle parti in causa.

In ogni caso, se le parti non riescano ad accordarsi, gli arbitri verranno nominati dal tribunale competente.

Nel caso in cui le parti abbiano preferito costituire un collegio formato da più di tre arbitri, tutti saranno nominati dal tribunale su richiesta di una delle parti.

La LA⁴⁸¹ individua, quale tribunale competente alla nomina degli arbitri, la divisione civile e penale del tribunale superiore di giustizia della comunità autonoma del luogo ove ha sede l'arbitrato, ovvero, in difetto, del luogo del domicilio o della residenza abituale, in Spagna, di uno dei convenuti, o in assenza di quello, di uno degli attori. Tuttavia si ritiene possibile⁴⁸² che le parti derogino a tale disposizione e scelgano convenzionalmente il foro competente, sia in modo espresso⁴⁸³ che tacito⁴⁸⁴.

481 L'articolo 8, comma primo, Legge Arbitrale stabilisce, infatti: "*Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección*". Si tratta di una delle modifiche più rilevanti introdotte dalla legge 11/2011. Si prevede, infatti, che le "*Salas de lo Civil y de lo Penal*" dei "*tribunales Superiores de Justicia*" saranno competenti a conoscere e decidere delle azioni di annullamento dei lodi, nonché dei riconoscimenti di lodi stranieri. La concentrazione della competenza, fino ad oggi attribuita rispettivamente alle "*Audiencias Provinciales*" e ai giudici di "*Primera Instancia*" ovvero ai giudici mercantili, contribuirà ad unificare la giurisprudenza e a garantire una maggiore sicurezza giuridica. Le stesse "*Salas*" sono competenti altresì per la nomina e l'eventuale rimozione giudiziale degli arbitri. Resta invece attribuita ai "*Juzgados de Primera Instancia*" la funzione di ausilio giudiziale alla procedura arbitrale, in particolare: l'assistenza agli arbitri nell'assunzione dei mezzi probatori; l'adozione giudiziale di rimedi cautelari; e l'esecuzione forzata del lodo pronunciato.

482 Tale tesi si base sul tenore letterale generico dell'art. 54 della *Ley de Enjuiciamiento Civil*, cd. LEC, con riferimento al carattere dispositivo delle norme relative ai fori legali, stabilendo che: "*Las reglas legales atributivas de la competencia territorial sólo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción. Se exceptúan las reglas establecidas en los números 1.º y 4.º a 15.º del apartado 1 y en el apartado 2 del artículo 52 y las demás a las que esta u otra Ley atribuya expresamente carácter imperativo. Tampoco será válida la sumisión expresa o tácita en los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal.(...)*".

483 Come è previsto dall'art. 55 della LEC, il quale, rubricato "*Sumisión expresa*", stabilisce: "*Se entenderá por sumisión expresa la pactada por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren*".

484 Tale forma convenzionale di scelta del foro competente per la nomina giudiziale degli arbitri è consentita dall'art. 56 della LEC, che prevede: "*Se entenderán sometidos tácitamente:1. El demandante, por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda o formulando petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conocer de la demanda.2. El demandado, por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria. También se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la*

Il giudice competente alla nomina degli arbitri ai sensi dell'art. 15 LA vi provvederà “*por lo cauces del juicio verbal*”. Si tratta di un procedimento di volontaria giurisdizione, non essendovi alcuna controversia da risolvere tra le parti circa la nomina dell'arbitro, che segue la disciplina all'uopo prevista dalla LEC per i giudizi verbale.

Tale procedimento di nomina giudiziale degli arbitri, potrà essere negato dal tribunale competente solo nell'ipotesi in cui lo stesso accerti l'inesistenza della convenzione arbitrale. Il giudice non è al contrario chiamato ad esaminare la validità o la arbitrabilità della controversia, ma deve limitarsi a constatare la sua mera esistenza. L'esistenza della convenzione arbitrale determina la necessità di procedere alla nomina giudiziale degli arbitri, in caso contrario, il giudice potrà rigettare l'istanza di ufficio⁴⁸⁵.

2.1 Capacità di essere arbitro

L'elemento soggettivo della *Ley de Arbitraje* comprende, da un lato “*las personas naturales o jurídica*” che sottoscrivono la convenzione arbitrale, dall'altro gli arbitri.

Entrambi sono elementi essenziali, senza i quali non è possibile una procedura arbitrale. La interazione tra parti e arbitri è un elemento determinante che non può mai però trasformarsi in confusione. Non è possibile e non si deve confondere la posizione che le une e gli altri assumono all'interno della procedura arbitrale. Le prime sono parziali, i secondi al contrario sono e devono essere imparziali.

La legge n. 60 del 2003 con riguardo alla capacità di essere arbitri opta per il criterio di maggior libertà delle parti, come nella gran parte degli ordinamenti giuridici europei. Il legislatore lascia all'autonomia negoziale dei privati la facoltà di scegliere le persone che ritengono adeguate ad assumere il compito di risolvere una controversia tra loro insorta e si limita a prevedere dei requisiti minimi essenziali.

L'articolo 13 stabilisce, infatti, che l'arbitro per assumere tale ruolo: deve essere una persona “*natural*” e deve trovarsi nel pieno esercizio dei diritti

declinatoria.”

485 Si ricorda, tuttavia, che l'art. 9 della legge arbitrale del 2003, al comma cinque, definisce come riconoscimento tacito della convenzione arbitrale la contestazione della stessa promanante da una sola delle parti.

civili.

Dunque, si richiede che l'arbitro sia capace di agire ovvero che abbia raggiunto la maggiore età, che non sia stato dichiarato incapace⁴⁸⁶, prodigo⁴⁸⁷, ne fallito. Al contrario potranno essere validamente nominati arbitri: l'assente⁴⁸⁸, colui il quale sia stato condannato con sanzioni penali o anche deontologiche, salvo che non sia diversamente previsto dalla legge o che le parti nella convenzione arbitrale lo abbiano espressamente escluso.

Con il termine persona “*natural*”⁴⁸⁹, l'art. 13 fa riferimento alla persona fisica, chiarendo che il ruolo di arbitro può essere ricoperto solo da queste e non anche da persone giuridiche che, se previste in una convenzione arbitrale, potranno organizzare e gestire la procedura arbitrale ma non decidere la controversia. Nel caso di nomina di una persona giuridica il ruolo di arbitro dovrebbe essere rivestito dal rappresentante legale *pro tempore*, individuato nello statuto, ciò farebbe venir meno il rapporto personale e fiduciario che deve⁴⁹⁰ crearsi tra parti e arbitri.

486 La disciplina della incapacità è contenuta nel Titolo IX del Codice civile spagnolo, rubricato “*De la incapacitación*”. In particolare l'art. 200 stabilisce che sono cause di incapacità giudiziale “*las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”. Gli artt. 215 ss. c.c. contengono poi le precisazioni in tema di tutela e curatela dei minori e dei soggetti incapaci.

487 Il capitolo III del titolo X del *codigo civil* contiene le norme dedicate alla curatela, che trovano applicazione anche per il prodigo. L'articolo 286 stabilisce infatti che sono soggetti a curatela: “*los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley*”; “*los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad*”; e infine “*Los declarados pródigos*”. La sezione II dello stesso capitolo III, negli artt. 294-298, conteneva poi delle disposizioni specifiche per il dichiarato prodigo, abrogate dalla *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Resta ancora oggi in vigore il solo articolo 297, che stabilisce: “*Los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa*”.

488 Il titolo VIII del *Codigo civil*, rubricato “*De la ausencia*” stabilisce le condizioni in presenza delle quali una persona fisica è dichiarata assente ed i suoi effetti giuridici. Il comma primo dell'art. 181 precisa che “*En todo caso, desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias, podrá el Juez, a instancia de parte interesada o del Ministerio fiscal, nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave. Se exceptúan los casos en que aquél estuviere legítimamente representado voluntariamente conforme al artículo 183*”. L'art. 183 considera poi in una situazione di assenza legale colui il quale si sia allontanato dal suo domicilio o dalla sua ultima residenza e sia “*pasado un año desde las últimas noticias o, a falta de éstas, desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes*”; ovvero siano “*pasados tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes*”.

489 La legge arbitrale del 2003 riprende il contenuto dell'art. 12 della *Ley de arbitraje* n. 36, del 5 dicembre 1988, il quale prevedeva infatti: “*Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen, desde su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles*”.

490 Come osservato da A. M. LORCA NAVARRETE, *Tratado de derecho de arbitraje*, San Sebastian, 2003, p. 166.

Secondo la legge del 2003, l'arbitro, persona fisica, deve avere una determinata capacità, che in positivo, presuppone il pieno esercizio dei diritti civili, ed in negativo, l'assenza, da un lato di incompatibilità che inabilitino l'arbitro allo svolgimento del suo ruolo, cd. *arbitro inhabilis*, e dall'altro di cause speciali che limitino la sua “*ajeneidad*”, lo rendano ovvero un “*àrbitro suspectus qui litem fecit suam*”.

2.2 Condizione di avvocato

La legge arbitrale n. 36 del 1988⁴⁹¹, negli arbitrati di diritto, considerava necessario per assumere il ruolo di arbitro oltre alla capacità di agire, un requisito aggiuntivo: la condizione di avvocato in esercizio. Nelle ipotesi in cui le parti deferivano la risoluzione di una controversia tra loro insorta ad arbitri richiedendo una decisione di diritto e non di equità, l'arbitro o gli arbitri necessariamente dovevano avere il titolo di avvocato ed esercitare tale funzione. Negli arbitrati di equità, ove l'arbitro non era tenuto a decidere utilizzando un criterio di diritto ed applicando norme giuridiche, al contrario non era prevista tale necessità, anche se si ammetteva la possibilità di nominare come organo giudicante un avvocato nell'esercizio delle sue funzioni⁴⁹².

Tale prescrizione veniva giustificata in base ad un'esigenza di garantire ai privati una decisione posta in essere da organi giudicanti competenti, specializzati in materie giuridiche e abilitati alla professione forense.

Questa soluzione era stata però criticata da una parte della dottrina⁴⁹³.

In primo luogo in quanto determinava una limitazione dell'autonomia delle parti nella scelta dell'organo giudicante. Limitazione della libertà che interveniva su un punto cardine dell'arbitrato ovvero la designazione degli

491 In particolare l'art. 12 della legge 36/1988 prevedeva al secondo comma:” *Cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio*”.

492 In tal senso BELO GONZALEZ, *Sent. Audiencia Provincial Madrid de 17 de diciembre de 1997*, in *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, 1999, 180, p. 390, quando stabilisce “*la LA no prohíbe que los abogados en ejercicio puedan ser árbitros en un arbitraje de equidad. Por el contrario ene el arbitraje de equidad basta con que el arbitro sea una persona natural que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles, con independencia de que sea abogado o no en ejercicio*”.

493 BEJAR GARCÍA, *Sen. Audiencia Provincial Barcelona de 17 de octubre de 1994*, in *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, 1996, 81, p. 306; GARCÍA PAREDES, *Sent. Audiencia Provincial Madrid de 17 de octubre de 1995*, in *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 1, 1997, 110, p. 207.

arbitri e la formazione di quel vincolo fiduciario, che determina le parti a scegliere la via della giustizia privata.

Inoltre, tale limitazione non garantiva ai privati una migliore risoluzione delle controversie, ma finiva con l'enunciare un valore solo formalistico.

Infatti l'art. 12 prescriveva la sussistenza del titolo di avvocato al momento dell'accettazione della designazione da parte degli arbitri e non anche la sua permanenza durante l'intera procedura arbitrale, nel corso della quale il soggetto nominato poteva modificare ovvero cessare lo svolgimento della propria attività forense.

La riforma dell'arbitrato introdotta del 2003 offrì l'occasione per recepire le critiche dottrinali ed offrire una soluzione che, da un lato, mantenesse inalterata l'autonomia negoziale delle parti e, dall'altro, assicurasse la professionalità degli arbitri.

L'art. 15 della legge del 2003 prevedeva, infatti, la necessità, negli arbitrati di diritto, che l'arbitro avesse la qualifica di avvocato in esercizio, ma riconosceva la facoltà delle parti di prevedere diversamente nella convenzione d'arbitrato.

Tale disposizione è stata oggetto di ulteriore modifica ad opera della legge n. 11 del 20 maggio 2011. Resta immutata la libertà delle parti di scegliere i requisiti degli arbitri e dunque di prescrivere o meno che abbiano un particolare titolo professionale, ma si considera necessario, nel silenzio dei privati, non più la qualifica di “*abogado en ejercicio*”, bensì quella di “*jurista*”.

Il nuovo testo dell'articolo 15⁴⁹⁴ richiede per tutti gli arbitrati di diritto, in relazione ai quali le parti non abbiano previsto alcunché, la condizione di giurista dell'arbitro se unico e di almeno uno degli arbitri nel caso di collegio formato da tre o più soggetti. In questo modo il legislatore spagnolo aumenta la rosa dei professionisti che possono svolgere il ruolo di arbitro, includendovi notai, professori universitari o anche gli stessi magistrati in pensione.

494 Il primo comma dell'art. 15 della legge 60/2003 come modificato dalla legge 11/2011 dispone: “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista*”.

Tuttavia l'utilizzo di un termine “*jurista*”⁴⁹⁵, molto generico, crea notevoli dubbi e lascia spazio a criteri e interpretazioni molteplici. L'intento del legislatore di sottrarre alla categoria degli avvocati un ruolo esclusivo nelle procedure arbitrali e garantirne la partecipazione anche ad altri professionisti ha come inconveniente l'incertezza sul significato da attribuire alla disposizione.

L'indeterminatezza della “*condición de jurista*”⁴⁹⁶ garantisce però nuovi e più ampi spazi all'autonomia delle parti che nelle convenzioni arbitrali non saranno più tenute a scegliere organi giudicanti all'interno della stringente categoria degli avvocati.

2.3 Arbitro *inhabilis*

La legge arbitrale spagnola prevede, inoltre, che la capacità dell'arbitro non debba essere limitata dall'esistenza di cause di incompatibilità, cd. *arbitro inhabilis*.

Il regime delle incompatibilità arbitrali non consiste nell'individuazione di una elencazione di professionisti ovvero di ruoli o qualifiche ai quali è preclusa l'attività di risoluzione di controversie, ma di indicazioni non tassative e di rinvii alle discipline specifiche previste per ciascuna professione.

La legge arbitrale del 1988, nel terzo comma dell'art. 12, prevedeva espressamente che non potessero rivestire il ruolo di arbitri: “*los jueces, magistrados y fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel*”.

Il divieto per magistrati e pubblici ministeri è logico, necessario e conforme

495 Il *Diccionario de la lengua Española*, (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Madrid, 1992, vol I, p. 858) definisce il termine *jurista* come la “*persona que estudia o profesa la ciencia del derecho*”. L'ambiguità della definizione è dunque chiara. Rientrebbero nella categoria senza dubbio notai, avvocati, magistrati in pensione, professori universitari, ricercatori, ma anche dottori di ricerca, probabilmente altresì laureati in materie giuridiche, ma la categoria potrebbe estendersi addirittura ai laureandi o agli appassionati di diritto. Il termine dovrebbe essere inoltre distinto da “*jurisconsulto*” che viene definito dallo stesso *Diccionario* come “*persona que profesa con el debido título la ciencia del derecho, dedicándose más particularmente a escribir sobre él y a resolver las consultas legales que se le proponen*”

496 Si consente in questo modo a qualsiasi professionista con conoscenze giuridiche di intervenire nella procedura arbitrale, come è stato osservato da C. PÉREZ CONESA, *Reforma de la Ley de Arbitraje introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, in *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5/2011, parte *Comentario*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2011, p. 1117.

a diritto⁴⁹⁷. Le parti hanno il diritto e la facoltà di agire in giudizio attraverso le vie istituzionali e ottenere in tal modo una decisione pronunciata da organi statali di giustizia, ma con la convenzione arbitrale derogano alla giurisdizione statale e deferiscono la risoluzione della controversia a giudici privati. Un controllo giudiziale del lodo pronunciato dagli arbitri è riconosciuto e disciplinato dalla legge spagnola ma solo in sede di impugnazione.

Inoltre, l'arbitrato è uno strumento deflattivo del carico dei lavori dell'amministrazione della giustizia, le cui prerogative consistono nel garantire ai privati una giustizia più celere e una decisione emanante da un organo giudicante specializzato. Tali prerogative verrebbero meno se si consentisse alle parti di scegliere come arbitro un magistrato o un pubblico ministero.

Infine, consentire a soggetti che svolgono professionalmente funzioni pubbliche opportunamente retribuite di rivestire il ruolo di arbitro significherebbe anche giustificare un disimpegno dalle loro funzioni ovvero garantire la possibilità di dedicarsi ad altre attività professionali ugualmente retribuite, estranee al ruolo pubblico rivestito.

La conseguenza della violazione di tale regime di incompatibilità, non consiste in una mera responsabilità disciplinare dell'arbitro, bensì nella dichiarazione di nullità del lodo emesso dall'*arbitro inhabilis*⁴⁹⁸.

Il regime di incompatibilità non è stato sostanzialmente modificato con l'introduzione della legge del 2003. Il legislatore spagnolo ha sostituito però all'elencazione espressa ma esemplificativa delle cause di incompatibilità, un regime di rinvii alle norme specifiche che disciplinano lo statuto giuridico delle professioni. L'articolo 13 chiarisce che possono svolgere il ruolo di arbitro le persone naturali ma "*siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión*". Non potranno svolgere, dunque, tale attività, *inter alios*: "*jueces y*

497 La dottrina spagnola ha espresso opinioni contrastanti. Contro il divieto per magistrati e pubblici ministeri di rivestire il ruolo di arbitri, in particolare, ALVARADO VELLOSO, *El arbitraje: solución de conflictos de intereses*, in *ReCiVA*, 1, 1998, p. 26. L'A. considera irragionevole il divieto considerato che un "*Juez de derecho*" potrebbe ancor meglio garantire la gestione imparziale della procedura arbitrale. Considera, invece, necessaria la incompatibilità tra il ruolo di arbitro e quello di magistrato: MONTERO AROCA, *Comentario breve a la ley de Arbitraje*, VVAA, Madrid, 1990, p. 79.

498 In tal senso ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*, Granada, 1996, p. 227-228.

magistrados”, in applicazione dell'art. 389, comma uno, della *ley Orgánica del Poder Judicial*⁴⁹⁹; i magistrati del Tribunale Costituzionale, come previsto dalla Costituzione spagnola⁵⁰⁰; “*los fiscales*”⁵⁰¹; i procuratori⁵⁰².

La riforma del 2011⁵⁰³ ha introdotto poi un'espressa ipotesi di incompatibilità: l'arbitro non potrà essere intervenuto nel medesimo conflitto in qualità di mediatore. La nomina di un arbitro-mediatore esporrà la parte al rischio di riconsiliazione dello stesso in conformità allo stesso articolo 17 della legge arbitrale. Anche in tale ipotesi, in ossequio al preminente principio dell'autonomia negoziale delle privati, è prevista la facoltà delle parti di derogare al divieto legislativo nella convenzione arbitrale. Si considera, infatti, che in alcune ipotesi potrebbe risultare utile che il mediatore concluda e risolva la controversia come arbitro e si concede tale possibilità alle parti in conflitto.

3.1 *Arbitro suspectus*

L'arbitro deve essere estraneo e imparziale e non deve apparire all'esterno *suspectus, qui litem fecit suam*.

La “*ajeneidad*”, estraneità, dell'arbitro rileva sotto un duplice aspetto: estraneità dell'arbitro rispetto alle parti in conflitto; estraneità rispetto all'oggetto della lite, alla questione litigiosa.

499 La disposizione prevede espressamente quanto segue: “*El cargo de Juez o Magistrado es incompatible: 1º) Con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial*”.

500 L'art. 159, comma 4, della Costituzione spagnola sancisce: “*La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal; y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial*”.

501 Il divieto è stabilito dall'art. 57, comma 2, della legge n. 50, del 30 dicembre 1981 che disciplina lo statuto organico del *Ministerio Fiscal* e prevede: “*El ejercicio de cargos fiscales es incompatible: 1. Con el de juez o magistrado y con los empleos de todas clases en los tribunales y juzgados en cualquier orden jurisdiccional. 2. Con el de cualquier otra jurisdicción, así como la participación en actividades u órganos de arbitraje (...)*”.

502 Come stabilito dall'art. 24, comma 1, dello statuto generali dei procuratori approvato con *Real Decreto* n. 1281, del 5 dicembre 2002: “*La profesión de procurador es incompatible con: a) El ejercicio de la función judicial o fiscal, cualquiera que sea su denominación y grado, con el desempeño del Secretariado de los Juzgados y Tribunales y con todo empleo y función auxiliar o subalterna en órgano jurisdiccional (...)*”.

503 La legge 11/2011 ha in particolare modificato l'articolo 17 della legge 60/2003 aggiungendo il seguente nuovo comma quattro: “*(...) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas*”.

3.2 Imparcialidad e independencia

La nozione di indipendenza⁵⁰⁴ ha carattere oggettivo e si riferisce all'assenza di una situazione di dipendenza, fattuale o giuridica, nelle relazioni tra parti di una controversia e organo giudicante. Al contrario l'imparzialità ha carattere soggettivo e concreto, in quanto si riferisce alla singola controversia in questione, e consiste nel non essere parziale, nel non farsi influenzare nella decisione della controversia da fatti, preconetti o circostanze estranee alla *res litigiosa*.

Tuttavia, tanto l'indipendenza quanto l'imparzialità devono essere valutate in modo oggettivo, individuando delle circostanze che in astratto possono attentarvi, considerato che un'indagine soggettiva e concreta della singola situazione psicologica di ciascun giudicante sarebbe impossibile.

All'arbitro è affidato il compito di risolvere una controversia, pronunciando un lodo che vincolerà le parti. Sotto un profilo meramente oggettivo le sue funzioni sono equiparabili a quelle di un giudice statale, tuttavia diversa è l'origine del potere di decidere la questione litigiosa (*ius decidendi*), diverso è il sistema di individuazione della persona competente a risolvere la controversia e, infine, diversi sono gli strumenti di controllo e garanzia previsti dalla legge per il giudice istituzionale e quello privato.

Doveri comuni del giudice statale e privato sono, invece: imparzialità e indipendenza.

L'indipendenza, si riferisce principalmente e tradizionalmente ai giudici statali⁵⁰⁵ e la comprensione di quello che per questi costituisce l'indipendenza è il primo passo per intendere cosa rappresenti per gli arbitri. Le dichiarazioni di indipendenza contenute in Costituzioni e Leggi impongono ai giudici statali nell'esercizio delle potestà giurisdizionale e nel compimento delle loro funzioni di essere sottomessi solo ed esclusivamente

504 E. LOQUIN, *Les Garanties de L'arbitrage, L'arbitrage: una question d'actualité*, Paris, n. 197, 2003, p. 13 ss.; P. FOUCHARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Parigi, Litec, 1996, p. 3 ss.

505 Sul tema in generale si veda: PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1972, p. 158; GUASP, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1968, p. 126; RAMOS, *Derecho procesal civil*, I, Barcellona, 1992, p. 164; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal civil*, I (con De la Oliva), Madrid, 1995, p. 348.

alla legge.

L'indipendenza comporta in senso positivo la sottomissione dei giudici solo alla legge e in senso negativo la sottomissione a nessuno e a nient'altro.

L'indipendenza presuppone che i giudici statali non siano sottomessi a tribunali "superiori". Il giudice, infatti, nell'applicazione della legge non ha superiori gerarchici⁵⁰⁶, a differenza dei pubblici funzionari che operano in conformità al principio di gerarchia. Il potere giudiziale, inoltre, deve essere indipendente da altri poteri, in particolare da quello esecutivo e legislativo, secondo il noto principio della separazione dei poteri⁵⁰⁷. Oggi l'indipendenza del potere giudiziale si proclama di fronte a tutti i poteri di natura politica, sociale o economica che possano in alcun modo influenzarla.

L'indipendenza ha, inoltre, carattere assoluto. Non si riferisce all'organo giudiziale nel suo complesso, né ai tribunali di un ordine giurisdizionale, né a uno o più tribunali speciali, né al potere giudiziale, ma l'indipendenza si riferisce a ciascuno dei giudici e magistrati individualmente considerati. L'autonomia, al contrario, si riferisce al potere giudiziale, come ordine giurisdizionale, benché possa essere uno strumento per garantire l'indipendenza del giudice individuale nella risoluzione di una controversia. L'indipendenza giudiziale viene assicurata attraverso una serie di norme, che principalmente compongono "*el estatuto personal de jueces y magistrados*". Queste norme assicurano l'indipendenza giudiziale disciplinando l'ingresso alla carriera giudiziale, le condizioni e capacità per esercitarla, la permanenza nella stessa, le incompatibilità e i divieti, il sistema delle promozioni, la fondamentale garanzia della inamovibilità e della

506 Come è stato osservato da FAIRÉN, *La potestad jurisdiccional*, en *Revista de Derecho Judicial*, 1972, num. 51-52.

507 Il principio della separazione dei poteri fu elaborato dogmaticamente per la prima volta da Montesquieu nella famosa opera "*L'Esprit des lois*" (Londra, 1777) anche se accenni di tale principio si trovano in altri scrittori precedenti, quali Aristotele e Locke. Montesquieu ritenne che una netta divisione fra i tre diversi poteri dello stato, legislativo, giudiziario e esecutivo, è la miglior garanzia per la libertà dei cittadini, in quanto chi detiene un potere è portato inevitabilmente ad abusarne. Onde l'esigenza di attribuire i tre poteri a tre gruppi di organi distinti, in modo che ogni potere possa controllare l'altro, e possa così stabilirsi un equilibrio fra i poteri medesimi. Tale equilibrio si raggiunge riconoscendo a ciascun potere la facoltà non solo di emanare provvedimenti di un dato contenuto, *faculté de statuer*, ma anche di controllare i provvedimenti emanati dagli altri poteri, *faculté d'empêcher*. Sul principio della separazione dei poteri si veda: CUGURRA, *Considerazioni sull'attuale sistema degli atti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, XXII, p. 48; sul tema in generale, VIRGA, *Diritto Costituzionale*, Varese, 1976, p. 63 ss.

indipendenza economica e ideologica⁵⁰⁸.

Mentre l'indipendenza ha carattere assoluto, non potendo riferirsi ad un singolo processo, l'imparzialità⁵⁰⁹ ha carattere relativo e si riferisce necessariamente ad un singolo giudizio.

L'imparzialità determina *in primis* che il giudice non può assumere nello stesso giudizio il ruolo di giudicante e di parte ovvero “*el que quien juzga no puede ser parte*”⁵¹⁰. Ammettere che il giudice rivesta il ruolo di parte, implicherebbe non solo negare l'imparzialità ma anche ignorare l'essenza stessa di un giudizio ovvero l'applicazione del diritto oggettivo nel caso concreto.

L'imparzialità non presuppone solo che il titolare della potestà giurisdizionale non possa essere parte del processo che sta conoscendo, implica soprattutto che il giudice non possa e non debba perseguire e sostenere finalità soggettive di alcune delle parti del processo. La funzione del giudice deve consistere nella applicazione del diritto oggettivo al caso concreto, senza che alcuna circostanza estranea influenzi la sua decisione.

Tuttavia, mentre la riunione nella stessa persona del ruolo di giudice e di parte nello stesso giudizio è una valutazione di carattere oggettivo, l'influenza che circostanze estranee possono avere sul compimento della funzione del giudice è una valutazione di carattere soggettivo, riguarda il suo animo, la sua sfera personale. Per tale ragione l'imparzialità non può essere constatata in modo oggettivo. Una stessa circostanza può avere effetti molto diversi nella sfera personale di ciascun giudice. Una determinata relazione di parentela che lega parte a giudice ha un rilievo nella decisione giudiziale che varia da giudice a giudice.

Nonostante la natura dell'imparzialità sia soggettiva, la legge la oggettivizza, stabilendo una serie di situazioni, relazioni e circostanze che possono essere

508 In particolare, si veda: MONTERO AROCA, *La función jurisdiccional y el “status” de jueces y magistrados*, en *Trabajos de derecho procesal*, Barcellona, 1988, pp. 115 ss.; ID., *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid, 1990, pp. 151 ss., SIMON, *La independencia del juez*, Barcellona, 1985, pp. 71 ss.

509 Sul tema: ARAGONESES P., *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, 1960, pp. 89 ss.; MONTERO AROCA, *Sobra la imparcialidad de juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999, pp. 190 ss.

510 L'espressione è stata utilizzata da GOLDSCHMIDT W., *La imparcialidad como principio básico del proceso (La “parcialidad” y la parcialidad)*, in *Revista de Derecho Procesal*, 1950, pp. 184 ss., e successivamente da ARAGONESES, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, 1960, pp. 89 ss.

constatate oggettivamente e la cui concorrenza rende il giudice sospetto di parzialità, indipendentemente dall'analisi soggettiva dell'animo del giudice e dalla sua personale capacità di rimanere imparziale ed equidistante dalle parti.

La disciplina dell'imparzialità nelle legislazioni si limita a prevedere delle situazioni concrete in presenza delle quali il giudice deve astenersi dal giudicare la controversia o comunque potrà essere ricusato da una delle parti interessate.

In particolare, i principi su cui si basa il sistema spagnolo dell'imparzialità e delle relative garanzie sono contenuti nella *Ley Orgánica* del'1 luglio 1985, n. 6 *del Poder Judicial*. Tale legge disciplina l'astensione giudiziale come un vero e proprio dovere di giudici e magistrati quando ricorre una causa legale, dovere il cui inadempimento si qualifica come grave omissione⁵¹¹. Allo stesso modo è considerata grave omissione anche l'astensione del giudice ingiustificata⁵¹². La ricusazione è concepita come un diritto processuale delle parti, da esercitarsi all'interno del processo. Le cause di ricusazione e astensione sono le medesime e sono tassativamente previste dalla legge⁵¹³. Non esiste inoltre alcuna distinzione tra astensione obbligatoria e facoltativa, né clausola generale o aperta di ricusazione relativa a sufficienti motivi di sfiducia sull'imparzialità del giudice o a gravi ragioni di convenienza, come previsto dal codice di procedura civile italiano

3.3 Indipendenza e imparzialità degli arbitri

L'art. 17 della legge n. 60 el 2003 dispone che:” *Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial*”.

La legge arbitrale spagnola disciplina, dunque, l'imparzialità e l'indipendenza del giudice privato in modo congiunto, senza distinguere e definire i due concetti.

511 In particolare, l'art. 417, n. 8 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* considera grave omissione ”*La inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas*”.

512 “*La abstención injustificada, cuando así sea declarada por la Sala de Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221.3 de esta Ley*” è considerata grave omissione dall'art. 418, n. 15 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

513 Le cause di ricusazione e astensione sono tassativamente previste dall'art. 219 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

La difficoltà di individuare il significato dell'imparzialità e dell'indipendenza si riscontra altresì in dottrina e in giurisprudenza, ove ai due termini non è attribuita un'accezione unica.

Ad avviso della dottrina maggioritaria, l'indipendenza⁵¹⁴ ha carattere assoluto e non si riferisce ad un processo determinato, l'imparzialità⁵¹⁵ è relativa e prende in considerazione un singolo giudizio, con oggetto e parti determinate.

L'indipendenza si caratterizza di due distinti aspetti: un aspetto esterno, si riferisce a fattori estranei, all'organo giudicante, in particolare altri poteri dello stato o forze sociali e economiche; ed un aspetto interno, con riferimento agli altri organi che compongono lo stesso potere giudiziale.

Secondo questa accezione potrà dubitarsi della imparzialità degli arbitri, ma difficilmente potrebbe dubitarsi della loro indipendenza. Il giudice privato viene, infatti, nominato per conoscere e decidere una determinata controversia, con parti ed oggetto determinate; l'arbitro non ha organi di riferimento, né si inserisce in un'organizzazione complessa come il giudice statale. Nell'arbitrato non vi è alcun pericolo di prevaricazioni ad opera di altri poteri e non vi sono superiori gerarchici cui l'arbitro potrebbe essere sottomesso.

L'imparzialità giudiziale, invece, viene distinta dalla giurisprudenza costituzionale spagnola⁵¹⁶ in:

- “*subjectiva*”, relativa all'assenza di eventuali relazioni tra organo giudicante e parti;
- “*objectiva*”, riferita all'oggetto del processo e dunque all'assenza di eventuali contatti tra l'organo giudicante e la *res litigiosa*.

Le Corti spagnole hanno ritenuto che entrambi gli aspetti possano trovare applicazione nell'arbitrato. Nonostante le differenze ontologiche tra giudice

514 Il *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española* (XXII ed., 2001, tomo II, p. 1266) definisce l'*independencia* come la qualità di chi “*sostiene sus derechos u opiniones sin admitir interacción ajena*”.

515 L'*imparcialidad* è invece definita come l'assenza di “*designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite de juzgar o proceder con rectitud*” nel *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, op. cit., p. 1266.

516 Tale principio è stato affermato nella sentenza del Supremo Tribunale Costituzionale spagnolo del 27.9.1999, n. 162, in *Boletino Oficial De Estado* 3.11.1999, e confermato in molteplici sentenze successive, *inter alia*: sent. *Audiencia Provincial de Madrid*, sección 14, del 9.5.2005, n. 185; sent. *Audiencia Provincial de Madrid*, sección 14, del 28.7.2005, n. 609.

istituzionale e giudice privato, vi è, infatti, la stessa necessità di garantire l'imparzialità degli arbitri. L'art. 24, secondo comma, della Constitución Española in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali⁵¹⁷, riconosce il diritto al giudice naturale predeterminato dalla legge e al giudice imparziale, in quanto senza un giudice imparziale non si può propriamente parlare di processo giurisdizionale. Questa garanzia fondamentale del processo implica che la libertà di scelta del giudicante obbedisca e sia limitata solo dall'osservanza delle norme di diritto e non invece da pregiudizi ideologici o personali e deve trovare applicazione non solo nel processo dinanzi ai giudici dello Stato ma anche nel procedimento arbitrale⁵¹⁸.

Altro orientamento⁵¹⁹ distingue l'indipendenza e l'imparzialità considerando la prima, come un concetto oggettivo rilevabile dalle stesse relazioni dell'arbitro con le parti e la seconda, come un'attitudine dell'arbitro necessariamente soggettiva, relativa alla controversia oggetto di decisione.

Cosicché l'imparzialità viene intesa come un dovere etico dell'arbitro, che fa riferimento a un suo stato mentale, intellettuale o psichico e, dunque, di difficile valutazione, l'indipendenza si riferisce, invece, a relazioni passate o presenti con le parti che possono essere sia enumerate che verificate in modo oggettivo. L'una non presuppone però l'altra; il requisito dell'indipendenza non garantisce infatti l'imparzialità dell'arbitro, per cui un arbitro indipendente ben potrà essere parziale.

517 L'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali tutela il diritto ad un equo processo, riconoscendo che: ogni persona ha diritto a che la sua causa venga esaminata in modo equo, pubblico ed entro un termine ragionevole da un organo giudicante indipendente e imparziale, costituito per legge. Questi i principi fondamentali che devono essere garantiti in un processo civile, sia laddove a decidere la controversia sia un giudice statale che un giudice privato.

518 I tribunali spagnoli hanno esteso l'applicazione delle garanzie di imparzialità non solo agli arbitri ma anche alle istituzioni arbitrali, anche se "*las exigencias del derecho al Juez imparcial predeterminado por la Ley no pueden imponerse exacta y milimétricamente a las instituciones arbitrales*". In tal senso A. M. LORCA NAVARRETE, *Tienen que ser las instituciones arbitrales independientes y imparciales?*, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2006, 3, tomo XVIII, p. 436 ss.; orientamento conforme in giurisprudenza, sent. *Audiencia Provincial de Madrid* del 31.3.2005, n. 341, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1, 2006.

519 MATHEUS LÓPEZ, *La independencia e la imparcialidad del árbitro*, San Sebastian, 2009; Sent. *Audiencia Provincial de Madrid* de 26 de febrero de 2008, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1, 2009, §411; A. M. LORCA NAVARRETE, *Algunas anotaciones sobre la garantía de la independencia e la imparcialidad del árbitro*, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1, 2009, tomo XXI, p. 578 ss.

Pertanto, l'indipendenza, come concetto oggettivo, consiste in una situazione di non dipendenza rispetto alle parti; l'imparzialità, quale nozione soggettiva, nel giudicare in assenza di prevenzioni, opinioni premeditate e fattori estranei al merito della controversia.

Qualunque sia l'accezione condivisa, il legislatore spagnolo impone agli arbitri di essere e rimanere, durante la procedura arbitrale indipendenti e imparziali.

L'arbitrato è, infatti, un accordo di rinuncia alla giurisdizione ordinaria, ma non di rinuncia alla tutela giudiziale effettiva⁵²⁰. Devolvere la risoluzione di una controversia ad un giudice privato non può determinare una diminuzione delle garanzie processuali delle parti. Pertanto, l'autorità conferita all'arbitro di decidere la controversia deve essere esercitata in modo imparziale e indipendente. Tale finalità viene realizzata *ex ante* prevedendo dei sistemi di designazione arbitrale che attribuiscono alle parti eguali poteri e il dovere dell'arbitro di comunicare alle parti tutte le relazioni e situazioni che possano far dubitare della sua imparzialità ed *ex post* attraverso lo strumento della riconsunzione. La riconsunzione è, infatti, definita come un meccanismo finalizzato a garantire l'imparzialità di natura terapeutica, al contrario l'astensione è un meccanismo "*profilático*"⁵²¹.

3.4 Garanzie dell'imparzialità

Gli strumenti adottati nella maggior parte degli ordinamenti giuridici europei per garantire l'imparzialità dell'organo giudicante sono l'astensione e la riconsunzione.

La previsione di ipotesi o circostanze in presenza delle quali l'organo

520 Il *derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión* è sancito dall'art. 24, comma primo, della Costituzione Spagnola e principalmente si concretizza nel diritto di accedere alla giurisdizione, ordinaria o arbitrale, e nel diritto di ottenere una risoluzione motivata. Sono *violazioni* di tale diritto, ad esempio, la privazione o limitazione degli strumenti di difesa o la violazione di norme processuali. Per un'analisi completa si veda, BARONA VILAR, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2005, p. 659 ss.

521 La definizione è di E. PIZARRO MORENO, *La abstención y la recusación como mecanismos de evaluación de la imparcialidad en el arbitraje*, in *Revista de derecho patrimonial*, n. 23, 2009, parte varia, Pamplona, p. 169 ss.

giudicante è obbligato ad astenersi dal decidere la controversia e alle parti è riconosciuto il potere di ricusarlo e sostituirlo con altro imparziale e indipendente.

L'art. 17 della *Ley de Arbitraje* n. 60 del 2003 è rubricato “*Motivos de abstención y recusación*”. Questa è una delle principali differenze tra la legge spagnola e Legge Modello UNCITRAL, che nell'art. 12 si limita a disciplinare la sola ricusazione e non anche l'astensione.

La dottrina, per tale ragione, ha dubitato dell'esistenza dell'astensione nel sistema giuridico spagnolo.

Nella tradizione spagnola non vi è una chiara distinzione tra astensione e ricusazione giudiziale, tanto che la *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1855 non disciplinava la prima. Solo la *Ley Organica del Poder Judicial* del 1870 introdusse una forma di astensione giudiziale, disponendo l'obbligo per i giudici di “*inhibirse*” nella conoscenza del giudizio al verificarsi di una causa di ricusazione senza attendere di essere ricusati. In seguito anche la LEC del 1881 disciplinò l'istituto della astensione giudiziale.

L'astensione è un atto personale che viene realizzato da una persona fisica, giudice o magistrato, non da un organo giudiziario, attraverso il quale il giudice non afferma la propria parzialità, bensì l'esistenza di una delle cause di ricusazione previste *ex lege*. L'astensione, inoltre, non è un potere dell'organo giudicante, ma un dovere, il cui inadempimento è sanzionato disciplinarmente.

L'istituto dell'astensione così disciplinato è applicabile ai giudici statali, ma non agli arbitri, nonostante il dato testuale dell'art. 17 della legge arbitrale. Ciò si evince non solo dal fatto che la Legge Modello UNCITRAL non disciplina l'astensione arbitrale, ma anche dallo stesso sistema di designazione e ricusazione predisposto dalla legge arbitrale. In particolare, laddove si proceda alla nomina di un collegio arbitrale tripartito, la legge arbitrale dispone che ciascuna parte nomini un arbitro ed è ben possibile che le parti designino come arbitro una persona che si trovi in una delle possibili ipotesi di astensione, ma ciò non presuppone che la ricusino successivamente. Si deve sottolineare che una parte potrà ricusare l'arbitro che ha nominato o alla cui nomina ha partecipato solo per cause di cui ha avuto conoscenza successivamente alla nomina, mentre non potrà essere ricusato l'arbitro quando se ne conosceva la causa di ricusazione. La

designazione dell'arbitro può effettuarsi in modi diversi, ma il fondamento dell'arbitro è il rapporto di fiducia che si instaura tra parte e arbitro. In tale sistema perde di significato la astensione.

Quando poi l'arbitro è nominato, in un modo in cui non è determinante la volontà delle parti, da istituzioni arbitrali o organi giudiziari, il dovere che la legge arbitrale impone all'arbitro non è l'astensione, bensì il render note alle parti tutte le circostanze che possano mettere in dubbio la propria imparzialità, cosicché le stesse potranno ricusarlo.

3.5 Il dovere di imparzialità

L'art. 17 delle *ley de arbitraje* n. 60 del 2003 introduce il dovere degli arbitri di essere e permanere durante il procedimento arbitrale indipendenti e imparziali.

Un'analisi attenta della suddetta norma consente di distinguere tra i commi primo e terzo, che contengono la disciplina della riconsunzione arbitrale e il comma secondo che dispone quella che impropriamente viene definita l'astensione arbitrale ovvero l'obbligo di *disclosure*.

Il dovere di imparzialità presuppone due distinti obblighi per l'arbitro.

a) L'arbitro, ai sensi del secondo comma dell'art. 17, deve rivelare tutte le circostanze che possano dar luogo a dubbi giustificati sulla sua imparzialità (e indipendenza), dovere che permane durante l'intera procedura arbitrale e attiene, dunque, non solo alle circostanze preesistenti ma anche a quelle sopravvenute.

L'obbligo di rivelazione, *disclosure*, deve essere adempiuto dagli arbitri immediatamente, per iscritto e deve essere portato a conoscenza delle parti senza ritardo, considerato il termine di quindici giorni previsto dall'art. 18⁵²².

Anche alle parti è riconosciuto il potere di chiedere, in qualsiasi momento, agli arbitri chiarimenti sulle proprie relazioni con alcune delle parti.

522 L'art. 18, comma secondo, della *Ley de Arbitraje* 60/2003 stabilisce che la parte che intende ricusare un arbitro, dovrà esporne i relativi motivi nel termine di quindici giorni da quello in cui ha avuto conoscenza della causa di riconsunzione, e precisamente: "A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta".

L'istanza deve farsi per iscritto, ma non vi sono termini di decadenza.

Il dovere di “*disclosure*” garantisce alle parti di conoscere tutti gli elementi necessari per procedere ad una eventuale ricusazione. Le parti così conoscendo tutte le circostanze, le relazioni e gli eventi che riguardano gli arbitri possono decidere liberamente se procedere ugualmente alla loro nomina e consentire loro di emettere un lodo valido ovvero se al contrario proporre un'istanza di ricusazione e sostituire l'arbitro con altro imparziale. In questo modo si assicura l'esistenza e il mantenimento del rapporto di fiducia tra parti e arbitri, che si pone alla base dell'istituto stesso dell'arbitrato.

Ben diverso è l'obbligo di astensione disposto per i giudici statali. Laddove si verifichi una causa di ricusazione, il giudice statale ha, infatti, il dovere di astenersi dal conoscere il processo, indipendentemente dalla conoscenza e dalla stessa volontà delle parti del processo. Nel sistema dell'astensione il giudice non pone e non deve porre a conoscenza le parti di cause che possano determinare la ricusazione, ma semplicemente deve astenersi.

Il legislatore spagnolo non chiarisce però quali siano le conseguenze nell'ipotesi in cui l'arbitro non dichiara la situazione che lo rende ricusabile e questa diventi nota alla parte dopo la pronuncia del lodo. Sembra⁵²³ possa dirsi che questo è un motivo di annullamento del lodo, da far valere nei termini e nelle forme proprie di tale mezzo di impugnazione, così come è annullabile il lodo pronunciato dall'arbitro ricusato.

b) Altro dovere dell'arbitro consiste nel non intrattenere con le parti relazioni o rapporti di natura personale, professionale o commerciale. Tale dovere deve intendersi proiettato nel futuro. Infatti è ben possibile che una parte abbia designato come arbitro una persona con la quale ha tenuto alcuna relazione e verso la quale nutre particolare fiducia. Tali eventuali relazioni dovranno essere comunicate alla controparte, cosicché possa eventualmente procedere alla ricusazione dell'arbitro, ma il dovere di imparzialità e indipendenza, come disposto dalla legge arbitrale, si considera *pro futuro*. L'imparzialità e l'indipendenza dell'arbitro non sono condizionate dal passato del giudice privato, sempre che questo non coinvolga direttamente o

523 In tal senso anche se prima della recente riforma arbitrale spagnola LA CHINA, *La nuova legge spagnola sull'arbitrato*, in *Studi in memoria di Augusto Cerino Canova*, Bologna, 1992, p. 762.

indirettamente alcuna delle parti o l'oggetto dell'arbitrato stesso. Le esperienze, vicende e situazioni pregresse, non necessariamente influenzano l'ideale di indipendenza e imparzialità che gli arbitri devono garantire⁵²⁴.

Oltre a tali doveri, che possono dirsi concreti, l'art. 17 ne stabilisce anche uno generico, un mero principio generale, per cui ogni arbitro deve essere e mantenersi durante l'arbitrato, imparziale e indipendente.

4.1 La riconsazione

La disciplina spagnola della riconsazione ha subito molte modifiche nel corso degli anni.

Fino ad un recente passato, le cause di riconsazione e astensione dei giudici statali erano disciplinate in modo aperto, non vi era una elencazione tassativa di circostanze in presenza delle quali si poteva procedere alla sostituzione del giudice, ma si consentiva la allegazione di qualsiasi altra causa analoga o simile.

Tale sistema venne però modificato con la *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio* del 1830, che negli artt. 96 – 107, recanti la rubrica “*De la recusación en los Tribunales de comercio*”⁵²⁵, regolò la riconsazione, introducendo due principi fondamentali: la riconsazione doveva farsi sempre con espressa dichiarazione della causa e con giuramento di non farlo con malizia e le cause di riconsazione erano tassativamente enumerate dalla legge.

In seguito la *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 5 ottobre 1855⁵²⁶ riprese tali

524 Nella sent. *Audiencia Provincial de Las Palmas Gran Canaria*, n. 431 del 23.3.2009 (in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 3, 2009) il *ponente Caba Villarejo* ha ritenuto che il fatto che un arbitro sia stato penalmente condannato, in tre diversi procedimenti con sentenze definite per appropriazione indebita, non influenza di per se la sua indipendenza e imparzialità. La legge arbitrale richiede come requisiti per essere nominati arbitri: il pieno esercizio dei diritti civili e il titolo di avvocato nell'esercizio delle funzioni. L'arbitro in questione era in possesso di entrambi i requisiti e dunque nessun ostacolo era stato ravvisato per la sua nomina. I precedenti penali di un arbitro non viziano la capacità di legale di rivestire tale ruolo, né costituiscono causa di riconsazione nella misura in cui non compromettono in concreto il suo giudizio, poiché in nessuno di quei processi è coinvolta direttamente o indirettamente una parte della procedura arbitrale, né vi sono pregiudizi personali a carico di una delle stesse parti.

525 *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio* promulgata il 24 luglio del 1830, *Edición Oficial*, Madrid, in *la Oficina de Leon Anarita*, 1830

526 Si veda *Crónica de la Codificación española*, 2, *Procedimiento civil*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1972, p. 9-55; per una lettura commentata della legge, MANRESA-NAVARRO-REUS-GARCIA, *La Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1861.

principi e disciplinò anche in modo dettagliato il procedimento di riconsunzione giudiziale.

Allo stesso modo, anche la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, promulgata con *Real Decreto* del 3 febbraio 1881⁵²⁷ adottò il sistema di riconsunzione “*de lista*”, caratterizzato da un'elencazione tassativa di circostanze e fatti in presenza dei quali era possibile ottenere la sostituzione dell'organo giudicante.

Questo sistema era considerato, infatti, maggiormente idoneo a garantire la certezza del diritto, tutelare sia le parti che i giudici da possibili abusi dello strumento, impedire l'utilizzo dell'analogia per colmare possibili e discutibili lacune ed evitare la confusione ingenerata da un sistema di cause di riconsunzione aperto.

Il principio della tipicità e della necessaria individuazione di una “*causa legitima*” di riconsunzione fu confermato dal legislatore spagnolo anche nella *Ley Organica del Poder Judicial* del 1 luglio 1985, n. 6⁵²⁸ e successivamente nella *ley de arbitraje* n. 36, del 5 dicembre 1988.

Quest'ultima stabiliva, infatti, che “*Los árbitros podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces*”⁵²⁹ con alcune peculiarità e distinzioni stabilite nella stessa legge. Sebbene vi siano molteplici differenze tra giudici statali ed arbitri, si ritenevano comuni ad entrambi i doveri di imparzialità e

527 Gli artt. 188 ss. contengono la disciplina dell'astensione e riconsunzione dei giudici. In particolare l'art. 188 stabiliva: “*Los Jueces y Magistrados, cualquiera que sea su grado y jerarquía; los Asesores de los Jueces Municipales que sustituyan a los de Primera Instancia, y los auxiliares de los Tribunales y Juzgados, sólo podrán ser recusados por causa legítima*”. Nel successivo art. 189 sono individuate le cause legittime di riconsunzione: “1. *El parentesco de consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil, con cualquiera de los litigantes.* 2. *El mismo parentesco, dentro del segundo grado, con el Letrado de alguna de las partes que intervengan en el pleito.* 3. *Esto se entenderá sin perjuicio de hacer cumplir las prohibiciones que tienen los Abogados para encargarse de la defensa de asuntos en que deban conocer como Jueces sus parientes dentro de dicho grado.* 4. *Estar o haber sido denunciado por alguna de las partes como autor, cómplice o encubridor de un delito, o como autor de una falta.* 5. *Haber sido defensor de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo.* 6. *Ser o haber sido tutor o curador para bienes, o haber estado bajo tutela o curaduría de alguno que sea parte en el pleito.* 7. *Ser o haber sido denunciador o acusador privado del que recusa.* 8. *Tener pleito pendiente con el recusante.* 9. *Tener interés directo o indirecto en el pleito o en otro semejante.* 10. *Amistad íntima.* 11. *Enemistad manifiesta*”.

528 La legge stabilisce nell'art. 217: “*El juez o magistrado en quien concurra alguna de las causas establecidas legalmente se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse*” e nel successivo art. 219 individua le cause tassative in presenza delle quali il giudice deve astenersi e potrà essere riconsunto, ricalcando quanto previsto nella *ley de Enjuiciamiento Civil*.

529 Così è espressamente stabilito nell'art. 17, comma primo, della legge n. 36 del 5.12.1988.

indipendenza, e altresì comuni i meccanismi per garantirle.

Il procedimento di riconsazione stabilito dalla legge arbitrale del 1988 individuava un importante elemento temporale: l'arbitro poteva essere riconsato solo per cause, fatti o circostanze successive alla sua designazione. Con tale principio si garantiva alle parti la possibilità di nominare arbitri anche soggetti astrattamente riconsabili, laddove le stesse ritenessero soggettivamente la persona ugualmente in grado di decidere la controversia in modo indipendente ed equidistante dai litiganti. Il legislatore spagnolo manifesta in questa disposizione, ancora una volta, la preminenza della libera volontà delle parti rispetto alla garanzia di una decisione oggettivamente e soggettivamente imparziale.

Il principio generale per cui gli arbitri possono essere riconsati solo per cause verificatesi “*después de su designación*”, comprende diverse ipotesi: la riconsazione dell'arbitro per causa conosciuta successivamente alla designazione, nell'ipotesi di nomina diretta delle parti; la riconsazione dell'arbitro per causa conosciuta successivamente, nell'ipotesi di nomina indiretta ad opera di terzo; la riconsazione dell'arbitro per causa conosciuta anteriormente, nell'ipotesi in cui non sia stato designato direttamente dalle parti.

Secondo la tesi⁵³⁰ più restrittiva non si poteva procedere alla riconsazione quando la causa era anteriore alla designazione dell'arbitro e alla stessa si era proceduto direttamente ad opera delle parti. Quando gli arbitri venivano designati direttamente dalle parti potevano essere riconsati solo per cause verificatesi successivamente alla loro nomina. Unica deroga a tale principio consisteva nella possibilità di riconsazione per causa verificatasi anteriormente alla designazione, ma conosciuta solo successivamente a tale momento dalle parti. Ciò proprio perché predomina nella legge del 1988 il principio della volontà delle parti, di cui le cause di riconsazione individuate *ex lege* non possono e non devono rappresentare una limitazione. In applicazione di tale principio le parti ben potevano nominare come arbitro

530 Questa interpretazione è confermata e condivisa in molteplici sentenze, *inter alia*: AGUILÒ MONJO. *Sent. Audiencia Provincial Islas Baleares de 6 de noviembre de 1997*, in *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, 1999, § 174, p. 374-376; DE ASIS GARROTE, *sent. Audiencia Provincial de Madrid de 24 de abril de 1991*, in *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 1, 1993, §11, p. 70; *sent. Audiencia Provincial Madrid de 19 de abril 1994*, in *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 3, 1995, §63, p. 527-528.

una persona che avesse con una di esse o con l'oggetto della controversia una delle relazioni stabilite nella legge, purché tali relazioni fossero esistenti anche prima della designazione e fossero altresì conosciute dalle stesse parti.

La *ley de arbitraje* esige la autoresponsabilità della parte al momento della designazione dell'arbitro.

La legge del 1988⁵³¹ non conteneva una espressa disciplina del procedimento di ricusazione arbitrale, tuttavia è possibile dedurre dalla stessa alcuni precetti: la parte interessata, per procedere alla ricusazione dell'arbitro, doveva aver ricevuto la notifica della sua nomina e provare l'esistenza di una delle cause di ricusazione. Inoltre, non era previsto alcun termine perentorio per proporre la ricusazione dell'arbitro, ma l'istanza doveva comunque essere proposta durante la procedura arbitrale e dunque prima dell'emissione del lodo, avverso il quale sarebbe stato poi possibile esperire l'azione di annullamento. Il *dies a quo* per proporre la ricusazione era, dunque, aperto, purché si eseguisse prima della chiusura della procedura arbitrale.

Al contrario era stabilito l'obbligo per gli arbitri di dichiarare tutte le circostanze che potessero determinare la ricusazione non appena conosciute, “*tan pronto como la conozcan*”⁵³². Disposizione e obbligo che è stato poi riprodotto anche nella legge arbitrale del 2003, in quanto considerato una garanzia di tutela delle parti che potranno essere a conoscenza di eventuali cause di ricusazione e scegliere se procedere ugualmente alla nomina di tali persone o procedere diversamente.

Diversamente dalle soluzioni adottate in altri ordinamenti giuridici stranieri, il legislatore spagnolo non ha ritenuto opportuno disciplinare la ricusazione arbitrale e consentire l'intervento della giurisdizione statale nell'arbitrato. Il *favor* per lo strumento arbitrale ha indotto a ridurre all'essenziale le ipotesi

531 Il legislatore spagnolo aveva ritenuto opportuno non disciplinare espressamente il procedimento di ricusazione a differenza di altri ordinamenti giuridici quali ad esempio quello tedesco che nello ZPO stabilisce che l'istanza di ricusazione è decisa dai giudici statali e non ammette alcun tipo di accordo che determini la trasmissione del procedimento di ricusazione al di fuori della giurisdizione statale. Stessa soluzione è adottata anche dalla legislazione messicana, ove la competenza è attribuita al giudice di prima istanza. R. BERNAL GUTIÉRREZ, *Panorama y prospectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*, in *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, 1993, p. 184.

532 Il terzo comma dell'art. 17 della *ley de arbitraje* 36/1988 stabilisce quanto segue: “*Las personas designadas árbitros están obligadas a poner de manifiesto las circunstancias que puedan determinar su recusación tan pronto como las conozcan*”.

di intervento della giustizia statale nella procedura, garantendo l'autonomia della giustizia privata da quella statale.

Le ipotesi che potevano verificarsi a seguito di un'istanza di riconsuazione erano due⁵³³:

1)accettazione dell'arbitro; 2) mancata accettazione da parte dell'arbitro.

La prima ipotesi, la più naturale, si verifica allorché l'arbitro ricevuta l'istanza di riconsuazione la accetti e rinunci alle sue funzioni. In tale ipotesi le parti potranno procedere alla nomina di un altro arbitro con le stesse modalità con le quali si nominò l'arbitro riconsuato.

La seconda ipotesi si verifica quando il giudice privato non accetti la riconsuazione, in tal caso non si apre alcuna via giurisdizionale, né si consente al giudice statale di decidere sull'istanza. Viene solo consentito alla parte interessata, *ex post*, di mantenere la riconsuazione proponendo l'istanza in sede di annullamento del lodo.

Le conseguenze determinate dall'istanza di riconsuazione⁵³⁴, previste dall'art. 18 legge 36/1988, consistono nella sostituzione dell'arbitro che accetta la riconsuazione proposta ovvero nella possibile istanza di “*anulación del laudo arbitral*” allorché l'arbitro non accetti la riconsuazione. L'art. 45⁵³⁵ consentiva, infatti, alle parti di procedere all'annullamento del lodo arbitrale quando nella nomina degli arbitri non erano stati seguiti i principi e le formalità essenziali stabilite dalle legge. Tra tali principi e formalità erano comprese

533 Come stabilito nell'art. 18 della legge arbitrale 36/1988:”*Si el arbitro recusado acepta la recusación será apartado de sus funciones, procediéndose, al nombramiento de otro en la forma prevista para las sustituciones. 2. Si no la aceptare, el interesado podrá, en su caso, hacer valer la recusación al solicitar la anulación del laudo*”.

534 Nel caso di mancata accettazione dell'arbitro dell'istanza di riconsuazione sono astrattamente possibili due soluzioni: la parte interessata mantiene la propria istanza e la fa valere in sede di impugnazione del lodo; si apre un giudizio incidentale per accertare la sussistenza e la rilevanza di un causa di riconsuazione, nel corso della procedura arbitrale e dinanzi ad altro arbitro diverso dal riconsuando. Questa seconda soluzione, cd. incidente di riconsuazione, non era prevista e consentita dalla legge arbitrale. L'assenza di una disciplina circa le modalità di svolgimento dell'incidente, l'individuazione dell'organo competente a deciderlo, nonché la possibilità o meno di impugnare la decisione avverso l'istanza di riconsuazione, ha indotto le parti interessate a non ricorrere a tale strumento. Nella prassi, pertanto, non utilizzato. In tal modo si realizzava l'intento di rendere la procedura arbitrale più celere e di evitare le dilazioni che sarebbero provocate da un incidente di riconsuazione.

535 I motivi di *anulación* del lodo arbitrale sono tassativamente indicati nell'art. 45 della legge 36/1988 e sono i seguenti:” 1. *Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidas en la Ley.* 2. *Cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo.* 3. *Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará solo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.* 4. *Cuando el laudo fuese contrario al orden público*”.

le norme in tema di ricusazione degli arbitri, la cui violazione esponeva i giudicanti al rischio di vedere annullato il lodo pronunciato.

4.2 Le cause di ricusazione disciplinate dalla legge 23 dicembre 2003 n. 60

La legge arbitrale del 2003⁵³⁶ ha abbandonato il sistema delle cause tassative di ricusazione ed ha optato per un sistema di cause aperte, prevedendo una clausola generale che consente la ricusazione dell'arbitro tutte le volte in cui vi siano circostanze che possano far dubitare della sua imparzialità.

Inoltre, a differenza della legge 36/1988, il nuovo testo disciplina espressamente le ipotesi di ricusazione degli arbitri, eliminando il rinvio a quelle dettate per i giudici statali. La ragione di tali modifiche, come si desume dalla *Exposición de Motivos de la Ley*, si rinviene nell'inadeguatezza delle ipotesi previste per i giudici statali a disciplinare il fenomeno dell'arbitrato, derivante dalla diversità ontologica tra giudice privato e istituzionale. Inoltre, l'elencazione tassativa di circostanze e fatti che possano dar luogo a ricusazione se da un lato ha il pregio di garantire la certezza del diritto, dall'altro ha il difetto di non coprire tutte le ipotesi astrattamente idonee a rendere il giudicante parziale.

Per gli esposti motivi il legislatore spagnolo ha ritenuto opportuno abbandonare il sistema “*de lista*” di disciplina della ricusazione e introdurre una clausola generale. L'arbitro, in qualità di giudice di una determinata controversia insorta tra parti, non può decidere in modo parziale, facendo gli interessi di una delle stesse, ma deve comportarsi in modo indipendente e imparziale. In nessun caso l'arbitro potrà mantenere con le parti relazioni personali, professionali o commerciali. Non si procede all'indicazione e precisazione di quali relazioni possano dar luogo alla parzialità dell'organo giudicante, ma si lascia al buon senso delle parti il potere di proporre l'istanza di ricusazione laddove rapporti o relazioni mettano in dubbio l'imparzialità stessa.

Dall'analisi dell'art. 17⁵³⁷ si evince che esistono tre distinte cause di

536 La legge arbitrale spagnola del 2003 riprende quanto stabilito nella legge modello UNCITRAL.

537 L'art. 17 della legge 60/2003 prevede quanto segue:” *Todo árbitro debe ser y*

ricusazione, di cui una generica.

L'arbitro potrà essere ricusato: se intrattiene con una delle parti relazioni personali, professionali o commerciali; “*si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia*”; e se non possiede le qualifiche pattuite dalle parti nella convenzione arbitrale.

Le prime due ipotesi rispecchiano il motivo di ricusazione accolto dalla maggior parte delle legislazioni europee e rappresentato dal brocardo “*iudex suspectus, qui litem fecit suam*”, per cui è possibile ricusare l'arbitro basandosi sul timore o il pericolo della parzialità.

a) La prima causa di ricusazione si riscontra nell'ipotesi in cui sussista una stretta relazione tra l'arbitro ed una delle parti di natura personale, commerciale o professionale. Dall'esame della giurisprudenza spagnola si desume che non ogni relazione o rapporto tra parti e arbitri determina la possibile ricusazione del giudicante.

Molte sentenze⁵³⁸ hanno chiarito che le relazioni lavorative o professionali del giudice o dell'arbitro con gli avvocati (“*letrados*”) delle parti o con altri soggetti che intervengono o possono intervenire nel processo non determinano di per se una perdita o una diminuzione dell'imparzialità dell'organo giudicante. Infatti, l'imparzialità e l'indipendenza del giudicante devono riferirsi alle persone che sono parti in senso processuale, dato che queste e non chi le rappresenta e assiste in giudizio sono titolari del diritto alla tutela giudiziale, alle garanzie processuali, al giudice indipendente e imparziale.

permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. 2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes. 3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación. 4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas”.

538 In particolare, il Supremo Tribunale Costituzionale si è pronunciato sulla questione in diverse sentenze, *inter alia*: sentenza del 29.2.1988, n. 265; sentenza 23.4.1997, n. 117; sentenza 29.9.1998, n. 204.

Al contrario, un orientamento dottrinale⁵³⁹ ha sostenuto che, nonostante la lettera dell'art. 17 faccia riferimento ai soli rapporti e relazioni che legano gli arbitri alle parti, debbano includersi tra le possibili cause di ricusazione del giudicante, altresì, quelle relazioni che leghino gli arbitri ai difensori di parte. Rapporti di qualsiasi natura con avvocati che difendono una delle parti della controversia potrebbero influenzare la libera scelta del giudice privato e farlo pendere per le argomentazioni sostenute dal collega, l'amico, il parente o il collaboratore. Il giudice, privato o statale, che interviene nella risoluzione di una controversia deve essere privo di pregiudizi e non deve avere contatti o relazioni con le parti che possano⁵⁴⁰ alterare la propria decisione. Inoltre, la stessa introduzione nell'art. 17 di una clausola generale di ricusazione consente di procedere alla ricusazione dell'arbitro anche in ipotesi diverse da quelle stabilite *ex lege*.

Allo stesso modo, le relazioni lavorative e professionali per poter fondare un giusto motivo di ricusazione devono concretizzarsi in un rapporto molto più stretto di una abituale relazione di collaborazione.

Maggiori difficoltà si riscontrano per provare la sussistenza di una relazione di amicizia tra arbitro e parte che possa determinare la parzialità del giudicante. La giurisprudenza⁵⁴¹ non ammette la ricusazione quando l'amicizia non è intima⁵⁴², e richiede prove oggettive che dimostrino l'intimità del rapporto personale, soprattutto tenuto conto che la scelta dell'arbitro potrebbe essere stata determinata proprio da tale rapporto.

b) L'arbitro può essere ricusato, inoltre, in presenza di circostanze che determinino dubbi giustificati sulla loro imparzialità o indipendenza.

539 In particolare, F. MUNNÉ CATARINA, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Barcellona, 2004, p. 65 ss.

540 Nella sentenza n. 173, del 29.4.2005, l'*Audiencia Provincial de Girona, secc. 2* (AC 2005/1105), ha ritenuto che laddove uno dei membri del collegio arbitrale abbia prestato abitualmente consulenza legale ad una delle parti e non rivesta nel procedimento direttamente il ruolo di difensore di parte, ma tale qualifica sia ricoperta da un suo collaboratore, l'arbitro è ricusabile e il lodo così emesso è annullabile. Nella sentenza trova applicazione la legge arbitrale del 1988 e dunque il rinvio in essa contenuto all'art. 219, comma 5, *Ley Organica 1.7.1985, n. 6 del Poder Judicial*.

541 *Audiencia Provincial de Segovia*, sentenza n. 11 del 6.2.1998.

542 In particolare, nella sentenza della *Audiencia Provincial de Madrid* de 18.4.2000 (AC 2000/2142) si afferma che “*la amistad o enemistad no son sentimientos de generación súbita. Obedecen a complejos factores proyectados en el tiempo, y basados en actos que dentro del contexto ordinario de las relaciones humanas, sean capaces de generarlas. Para que sean procesalmente relevantes deben ser previas e intensas, de forma que su sola presencia engendre la sospecha de falta de imparcialidad y el temor fundado de resoluciones viciadas y espurias*”.

Il termine “*duda*” indica l'esistenza di un animo perplessa e incerto e implica dunque necessariamente una valutazione di carattere soggettivo e variabile, ma il dubbio che consente la ricsuzione dell'organo giudicante deve qualificarsi come “giustificato”. Non sarà sufficiente una sensazione soggettiva di una delle parti per ricsuare l'arbitro, ma è necessario che il dubbio di parzialità sia giustificato.

Per essere tale il dubbio deve qualificarsi come oggettivo ovvero deve riferirsi a circostanze esterne che in qualsiasi persona ragionevole avrebbero fatto sorgere il sospetto di parzialità. Il dubbio non può essere meramente arbitrario e soggettivo e deve essere basato su fatti e circostanze opportunamente provati.

Le circostanze che possono determinare la ricsuzione dell'arbitro non sono previste espressamente, tuttavia è possibile fare riferimento alle cause di ricsuzione e astensione dei giudici di cui all'art. 219 LOPJ. Nonostante la legge arbitrale del 2003 abbia eliminato il rinvio a tali cause per la ricsuzione arbitrale, le stesse possono essere utilizzate come criteri e indici per individuare il dubbio oggettivo di parzialità.

c) Le parti oltre a potersi accordare per la nomina di uno o più arbitri, possono stabilire determinate qualifiche che la persona designata deve avere. Laddove l'arbitro non abbia le qualifiche predeterminate dalle parti potrà essere ricsuato.

Tale causa di ricsuzione, stabilita dall'art. 17, terzo comma, non ha alcun rapporto con l'imparzialità. L'assenza delle qualifiche non determina la parzialità dell'arbitro né la mette in alcun modo in dubbio. Si tratta piuttosto di un'ipotesi di incapacità dell'arbitro a conoscere della controversia, determinata dall'assenza delle qualifiche richieste dalle parti, cd. “*iudex inhabilis*”.

4.3 Informazione personale dell'arbitro

L'imparzialità dell'arbitro può essere influenzata altresì da informazioni personali relative alla questione controversa oggetto dell'arbitrato.

Il problema dell'utilizzo di informazioni personali da parte del giudicante

nella risoluzione di una controversia si pone con maggior incertezza nel caso dell'arbitrato.

L'arbitro è infatti un giudice privato, nominato dalle parti, seppur direttamente o indirettamente, e con cui le parti instaurano un rapporto basato sull'*intuitu personae*. La scelta delle parti sulla designazione dell'arbitro potrebbe essere determinata proprio dalle informazioni personali detenute dalla persona e che si ritengono utili alla decisione della causa.

Per quanto una simile ipotesi determini forti dubbi sull'imparzialità dell'arbitro, il carattere personale della nomina e la preminenza assicurata in ambito arbitrale alla volontà delle parti inducono a ritenere ammissibile una simile designazione e valido il relativo lodo emesso.

Diversa è l'ipotesi in cui la conoscenza personale dell'arbitro riguardi circostanze relative alla questione controversa, ma non abbia determinato la scelta delle parti circa la persona del giudice privato.

In questa ipotesi l'arbitro non potrebbe e non può far uso della sua scienza personale, poiché tali informazioni, *rectius* l'utilizzo di tali informazioni violerebbe il principio del contraddittorio sancito per l'arbitrato dall'art. 24⁵⁴³ della legge 60/2003. L'arbitro non potrà, dunque, nel decidere una controversia, ricorrere alle informazioni personali relative ai fatti oggetto della causa e sui quali è necessario che si formi il contraddittorio tra le parti.

Altra problematica può prospettarsi allorché una delle parti non introduca nel contraddittorio alcune questioni, conosciute dall'arbitro e rilevanti per la risoluzione della causa. In tale ipotesi l'arbitro dovrebbe limitarsi ad incitare la parte all'allegazione di tali fatti, eventualmente ordinando d'ufficio l'assunzione di alcuni mezzi probatori⁵⁴⁴, e non mai sostituire l'attività e il potere di allegazione delle parti in relazione all'oggetto della controversia.

Infine è possibile che l'arbitro abbia informazioni personali circa la

543 Tale principio era sancito già nell'articolo 21, comma primo, della *ley de arbitraje* 36/1998, ai sensi del quale: "El procedimiento arbitral se ajustara en todo caso a lo dispuesto en esta Ley, con sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes". Lo stesso ha trovato conferma nell'art. 24, comma primo, della legge 60/2003, che, rubricato "Principios de igualdad, audiencia y contradicción", stabilisce: "Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos".

544 Il potere dell'arbitro di assumere d'ufficio mezzi probatori era previsto espressamente dall'art. 26 della *ley de arbitraje* 36/1988: "Los árbitros practicarán a instancia de parte, o por propia iniciativa, las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en derecho. A toda practica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes". Il potere ha trovato conferma nell'art. 25 della legge 60/2003.

controversia a causa della sua posizione privilegiata con una delle parti. Quest'ultima è l'ipotesi che compromette maggiormente l'imparzialità dell'arbitro. Tuttavia è anche l'ipotesi che trova una più certa soluzione. Laddove infatti il legame esistente tra l'arbitro e la parte, che rende la posizione di quest'ultimo privilegiata, rientra in una delle ipotesi previste *ex lege* (dall'art. 12 con rinvio alla ricusazione dei giudici), l'altra parte potrà procedere alla sua ricusazione ovvero all'annullamento del lodo emesso.

5.1 La ricusazione

La legge del 2003 ha modificato altresì il procedimento di ricusazione dell'arbitro “parziale”.

La disciplina si caratterizza per la preminenza della volontà delle parti. Il legislatore spagnolo consente ai privati di disciplinare nella convenzione arbitrale anche il procedimento e le modalità di ricusazione degli arbitri e si limita a dettare una procedura suppletiva da applicare nel caso di lacuna nell'accordo delle parti stesse. La libertà di determinare il procedimento di ricusazione è solo un'applicazione specifica della generale autonomia riconosciuta alle parti di impostare l'intera procedura arbitrale.

La libertà delle parti nel delineare il procedimento di ricusazione non è però assoluta, ma incontra il suo limite nella natura stessa dell'arbitrato, quale procedimento volto alla risoluzione di una controversia dinanzi ad un terzo imparziale nel pieno rispetto del principio del contraddittorio.

Tale limite determina alcune conseguenze:

1) Nella autoregolamentazione delle parti non si potrà escludere la possibilità stessa della ricusazione⁵⁴⁵. Tale esclusione comporterebbe una rinuncia implicita ad ottenere una decisione emessa da un organo giudicante terzo e imparziale e se l'arbitrato si pone come alternativa reale alla giurisdizione devono esserne preservate tutte le garanzie processuali. Ben

⁵⁴⁵ Parte della dottrina (A. ROMERO, *La independencia e imparcialidad en la Justicia arbitral*, in [www. Camsantiago.com](http://www.Camsantiago.com)) ammette tale possibilità, ritenendo legittimo che le parti rinuncino al proprio diritto ad impugnare la designazione di un arbitro che si trovi in una manifesta posizione di parzialità. Considerato che l'autorità dell'arbitro proviene da un accordo privato, in tale accordo le parti potranno anche ammettere che il lodo venga pronunciato da un arbitro parziale. Questa impostazione è criticata dalla dottrina maggioritaria in quanto considerata una ipervalorizzazione del principio dell'autonomia della volontà delle parti.

diversa, e, si ritiene, possibile, è la rinuncia delle parti all'istanza di ricusazione con riferimento ad un determinato arbitro. Rientra nell'autonomia delle parti anche il potere di accordarsi sulla nomina di un arbitro, pur conoscendo eventuali relazioni o rapporti che possano mettere in dubbio la sua imparzialità, rinunciando alla ricusazione. Infatti la "parzialità" del giudice privato può essere compensata dalla fiducia nella persona nominata, dalla sua rettitudine e dalle qualifiche professionali.

2) le parti potranno stabilire un termine perentorio entro il quale proporre l'istanza di ricusazione, almeno con riferimento a circostanze anteriori alla designazione dell'arbitro e che furono conosciute prima.

3) allo stesso modo alle parti è consentito fissare un termine per l'esercizio della ricusazione, allorché questa derivi dall'adempimento per l'arbitro del dovere di comunicare alle parti tutte le circostanze sopravvenute che possano dar luogo a dubbi giustificati sulla sua imparzialità, intendendosi che la violazione di detto termine determina l'impossibilità successiva non solo di esperire la ricusazione ma altresì di impugnare il lodo per le medesime ragioni.

4) le parti potrebbero fissare un termine perentorio per la ricusazione quando la circostanza su cui si fonda la causa generica si sia verificata dopo la designazione ovvero essendo anteriore si stata conosciuta dalla parte successivamente.

I detti limiti alla capacità di autoregolamentazione delle parti sono diretti a rendere più semplice e celere la procedura arbitrale, impedendo che si producano attività meramente dilatorie ad opera delle parti.

5.2 Le caratteristiche del procedimento di ricusazione

Se le parti non raggiungono alcun accordo, l'art. 18, secondo comma, disciplina il procedimento di ricusazione. La procedura legale rimette agli arbitri la competenza a decidere sull'istanza di ricusazione, lasciando però sempre impregiudicata per le parti la possibilità di far valere la ricusazione in sede di impugnazione del lodo arbitrale⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ L'azione di "anulación del laudo" è disciplinata dagli artt. 40- 43 della *ley de arbitraje* 60/2003, i quali prevedono delle ipotesi tassative al verificarsi delle quali le parti potranno impugnare il lodo. In particolare la parzialità dell'arbitro potrebbe rientrare nell'ipotesi di cui

Anche se la regolamentazione prevista *ex lege* non è completa, sono individuati alcune caratteristiche essenziali.

A) *dies a quo*

La domanda di riconsiderazione deve essere presentata nel termine di quindici giorni da quello in cui la parte interessata ha avuto conoscenza dell'accettazione dell'arbitro⁵⁴⁷ o dell'esistenza di una causa o circostanza che dia luogo a dubbi giustificati sulla sua imparzialità o indipendenza. Il mancato rispetto di tale termine perentorio determina la decadenza della parte dal diritto di esperire l'istanza di riconsiderazione, nonché di farla valere in sede di impugnazione del lodo, in applicazione del principio di rinuncia tacita previsto dall'art. 6 della legge del 2003. Detta disposizione stabilisce infatti che se una parte, pur conoscendo la violazione di una norma dispositiva di legge o di alcun requisito della convenzione arbitrale, non la denuncia nel termine previsto o, in assenza di un termine, prima possibile, si avrà come rinunciata la facoltà di impugnare il lodo arbitrale per tali motivi. In tale ipotesi l'esistenza di circostanze che possano dar luogo a dubbi giustificati sull'imparzialità o l'indipendenza dell'arbitro potranno determinare solo una eventuale responsabilità dell'arbitro per i danni e pregiudizi provocati con dolo, ma non vinceranno la validità del lodo.

Al contrario non costituisce ipotesi di rinuncia tacita all'impugnazione arbitrale il mancato esercizio delle parti del potere di richiedere agli arbitri chiarimenti circa le eventuali relazioni con una delle parti della convenzione arbitrale. Si tratta infatti di un potere riconosciuto alle parti per assicurare loro una maggiore e più limpida informazione sulle qualità degli arbitri ma non anche di un dovere. Il mancato esercizio di tale potere non determina alcun effetto negativo per la parte, che, avuta conoscenza di una causa di

al comma primo, lett. d, art. 41, ai sensi del quale il lodo può essere impugnato quando la designazione degli arbitri o il procedimento arbitrale non hanno seguito le regole stabilite nell'accordo arbitrale, o in assenza di accordo, quelle previste *ex lege*. Tra le norme imperative la cui violazione potrebbe determinare l'impugnazione del lodo vi rientra anche l'art. 17, in virtù del quale gli arbitri devono essere e permanere durante il procedimento arbitrale indipendenti e imparziali. L'azione dovrà essere esercitata nel termine di due mesi dalla notifica del lodo arbitrale.

⁵⁴⁷ Come stabilito dall'art. 16 *Ley de Arbitraje* 60/2003, laddove le parti non abbiano previsto diversamente, ogni arbitro nel termine di quindici giorni dalla comunicazione della nomina, dovrà comunicare la sua accettazione alla parte che lo ha nominato. Se in tale termine non comunica la propria accettazione, il silenzio verrà inteso come rifiuto alla nomina.

ricusazione, ben potrà procedervi nei termini previsti *ex lege*.

Gli effetti pregiudizievoli che possono derivare dalla decorrenza del termine di quindici giorni previsto *ex lege*, richiedono di individuare il *dies a quo* dello stesso.

Dalla disposizione si può desumere infatti:

a) quando le circostanze che danno luogo a dubbi sono preesistenti e le parti vengono a conoscenza delle stesse al momento della designazione, il *dies a quo* stabilito dalla legge è il giorno dell'accettazione dell'arbitro, disciplinato dall'art. 16. In questo caso non sussistono dubbi sull'inizio del termine.

b) la determinazione del *dies a quo* può essere molto complicata nell'ipotesi prevista dall'art. 18, ovvero al momento in cui la parte interessata ha avuto conoscenza della sussistenza di una circostanza che possa dar luogo a dubbi giustificati sull'imparzialità dell'arbitro. In tale ipotesi:

1) Se la conoscenza della causa di ricusazione si è verificata come conseguenza della spontanea manifestazione dell'arbitro alle parti delle cause che possono dar luogo a dubbi giustificati, non esiste realmente un problema. Infatti la dichiarazione dell'arbitro emessa nel corso della procedura arbitrale costituirà prova della data da cui computare il termine di quindici giorni stabilito.

2) se la parte ha avuto conoscenza della causa di ricusazione, non in adempimento del *duty of disclosure*, ma in modo diverso, le cose si complicano, posto che se si tratta di una circostanza esistente già nel momento della designazione sarà necessario per la parte allegare e provare che la sua conoscenza è stata acquisita dopo la designazione. Fissato in tal modo il *dies a quo* la domanda di ricusazione dovrà pervenire nei 15 giorni seguenti.

Al contrario se si tratta di una circostanza successiva alla designazione, la parte dovrà allegare e provare il momento nel quale si è verificata la stessa e il momento nel quale ne ha avuto conoscenza, per presentare la domanda tempestivamente.

B) Momento finale

Anche se nella legge del 2003 non è espressamente previsto, deve esistere un termine procedimentale decorso il quale non si ammetta più alcuna

ricusazione, qualunque ne sia la causa.

Le parti nell'ambito della loro autonomia negoziale potranno determinare tale momento finale. Tuttavia pare chiaro che l'istanza di ricusazione debba essere proposta nel corso della procedura arbitrale, e che dunque il termine finale coincida con la pronuncia del lodo.

C) La domanda di ricusazione

La domanda di arbitrato deve contenere la descrizione e la prova di un fatto o di una situazione che possa dar luogo a giustificati dubbi sulla imparzialità dell'arbitro. La parte interessata dovrà dunque non solo allegare l'esistenza di una circostanza di fatto, ma anche dimostrare che tale circostanza ponga in dubbio l'imparzialità dell'arbitro. Sono possibili diverse ipotesi.

1) La parte può affermare l'esistenza di un fatto ovvero di un evento che si verifica in un momento determinato nel tempo, senza che rilevi se i suoi effetti si distribuiscano in un tempo più o meno dilatato. Come avviene nell'ipotesi in cui l'arbitro abbia difeso una delle parti in un processo svoltosi anteriormente alla designazione dello stesso. Tale circostanza è accaduta in un dato momento storico e potrà essere rilevata in modo diretto.

2) La parte può affermare l'esistenza di una situazione di carattere permanente che non può essere evidenziato in modo diretto come si prova un fatto. La relazione di amicizia tra un arbitro ed una delle parti necessita di dichiarazioni precise, non della mera affermazione di tale amicizia, ma della dimostrazione di fatti indiziari dai quali sia possibile dedurre tale situazione; si dovrà affermare e provare tutta una serie di circostanze attraverso le quali concludere che la relazione di amicizia è sussistente (hanno frequentato lo stesso collegio, l'arbitro è padrino del figlio di una delle parti, sono nati nello stesso paese...).

Una volta effettuata l'affermazione di fatto, la parte dovrà altresì provare che il fatto o la situazione determina un dubbio sull'imparzialità dell'arbitro.

Non si tratta di affermare che l'arbitro sia imparziale, elemento soggettivo, impossibile da dimostrare, ma semplicemente che la circostanza affermata e provata può far sorgere dubbi sulla sua imparzialità. Tale allegazione è la più difficile da dimostrare in quanto carente di elementi oggettivi⁵⁴⁸.

548 Dimostrare che fatti o circostanze possano influenzare l'arbitro fino a renderlo parziale è di certo molto complicato per le parti, considerata la natura soggettiva dell'imparzialità.

D) Sospensione dell'arbitrato

Un problema che la legge arbitrale non risolve è l'effetto della presentazione della domanda di riconsazione sul procedimento arbitrale ovvero se la formulazione di tale domanda comporti la sospensione della procedura o meno.

La *Ley Organica del Poder Judicial* con riferimento alla riconsazione dei giudici statali prevede espressamente che l'istanza sospenderà il giudizio, come stabilito dall'art. 225⁵⁴⁹, quarto comma. Le leggi processuali tuttavia potrebbero optare anche per una diversa soluzione e stabilire che l'istanza di riconsazione non sospenda il giudizio, in quanto esiste un meccanismo di sostituzione legale di un giudice con un altro. Tale sistema automatico di sostituzione non esiste però nell'arbitrato, ove l'unica soluzione possibile è sospendere il procedimento.

L'assenza di elementi oggettivi determina notevoli dubbi anche in sede di interpretazione e applicazione delle norme disciplinanti la riconsazione. Tra le applicazioni dubbie poste in essere dalla giurisprudenza spagnola della legge arbitrale del 1953 vi è un caso deciso dal Tribunale Supremo Spagnolo il 24 ottobre 1989, RJ 1989/6955, nel quale si allegò come causa di riconsazione dell'arbitro che lo stesso aveva avuto come subordinata una delle parti, ai sensi dell'art. 219, undicesimo comma della *Ley organica del Poder Judicial*. L'istanza di riconsazione è stata respinta a causa di un'interpretazione restrittiva della suddetta norma del tribunale spagnolo, ai sensi della quale: “*Ser una de las partes subordinado del árbitro que deba resolver el arbitraje*”. La disposizione utilizza il verbo al tempo presente, e non anche al passato. Il tribunale spagnolo ha pertanto respinto la riconsazione perchè il rapporto di subordinazione non sussisteva al momento dello svolgimento dell'arbitrato, ma si era esaurito in un tempo passato. Tuttavia l'esistenza di un precedente rapporto di subordinazione può certamente indurre una parte a dubitare ragionevolmente sull'imparzialità dell'arbitro. L'incertezza della soluzione ha indotto il legislatore spagnolo a modificare la disposizione con la legge 19/2003, per cui l'art. 219 prevede come causa di riconsazione “*ser o haber sido*” subordinato di una delle parti, includendo così sia rapporti pregressi che attuali.

549 L'art. 225 della *ley Organica del Poder Judicial* prevede: “1. Dentro del mismo día en que finalice el plazo a que se refiere el apartado 3 del artículo 223, o en el siguiente día hábil, pasará el pleito o causa al conocimiento del sustituto, debiendo remitirse al tribunal al que corresponda instruir el incidente el escrito y los documentos de la recusación. También deberá acompañarse un informe del recusado relativo a si admite o no la causa de recusación. 2. No se admitirán a trámite las recusaciones en las que no se expresaren los motivos en que se funden, o a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 223. 3. Si el recusado aceptare como cierta la causa de recusación, se resolverá el incidente sin más trámites. En caso contrario, el instructor, si admitiere a trámite la recusación propuesta, ordenará la práctica, en el plazo de 10 días, de la prueba solicitada que sea pertinente y la que estime necesaria y, acto seguido, remitirá lo actuado al tribunal competente para decidir el incidente. Recibidas las actuaciones por el tribunal competente para decidir la recusación, se dará traslado de las mismas al Ministerio Fiscal para informe por plazo de tres días. Transcurrido ese plazo, con o sin informe del Ministerio Fiscal, se decidirá el incidente dentro de los cinco días siguientes. Contra dicha resolución no cabrá recurso alguno. 4. La recusación suspenderá el curso del pleito hasta que se decida el incidente de recusación salvo en el orden jurisdiccional penal, en el que el juez de instrucción que legalmente sustituya al recusado continuará con la tramitación de la causa.

D) Trattamento della ricusazione

Anche se la legge arbitrale non contiene una disciplina esaustiva del procedimento di ricusazione, si ritiene che questo si avvii con la proposizione di un'istanza, che dovrà essere comunicata alla controparte con l'indicazione di un termine entro il quale pronunciarsi sull'eventuale accettazione della ricusazione. Proposta l'istanza possono riscontrarsi tre diverse ipotesi: la controparte potrà accettare l'istanza di ricusazione, cosicché si possa procedere alla nomina di un nuovo giudice; l'arbitro potrà spontaneamente rinunciare all'incarico, cosicché le parti possano provvedere ad una nuova nomina; nel caso in cui non si verifichi alcuna delle ipotesi descritte si dovrà procedere alla decisione della ricusazione.

Nella prima ipotesi, la controparte ricevuta l'istanza di ricusazione, la accetta. Accettare la ricusazione, non implica il riconoscimento della parzialità dell'arbitro o dell'esistenza della causa di ricusazione denunciata, ma solo l'esistenza di circostanze o fatti che facciano sorgere dubbi ragionevoli sull'imparzialità del giudice.

Diversa è l'ipotesi in cui sia l'arbitro ad accettare la ricusazione. L'arbitro rinuncia a conoscere della controversia e dovrà procedersi alla nomina di un sostituto.

L'art. 18, secondo comma, non chiarisce se la rinuncia dell'arbitro abbia natura discrezionale o doverosa. Tuttavia alcuni argomenti possono trarsi dall'art. 19, secondo comma, della stessa legge del 2003, secondo la quale laddove l'arbitro non possa per ragioni di fatto o di diritto esercitare le sue funzioni, o per qualsiasi altra ragione non le eserciti in un lasso ragionevole di tempo, cesserà il suo incarico se vi rinuncia o le parti si accordano per la sua rimozione. Il secondo comma⁵⁵⁰ dello stesso articolo chiarisce però che

550 Sotto la generica rubrica "*Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones*", l'art. 19 della *Ley de Arbitraje* 60/2003 disciplina le ipotesi di rinuncia e la rimozione dell'arbitro ed il successivo art. 20 regola il procedimento di nomina del sostituto, sia per questa ipotesi che per quella di ricusazione dell'arbitro nominato. Il comma secondo dell'art. 19 *Ley de Arbitraje* 60/2003 prevede: "*La renuncia de un árbitro a su cargo o la aceptación por una de las partes de su cese, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el apartado 2 del artículo anterior, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en las citadas normas*". La legge detta un procedimento applicabile nell'ipotesi in cui tra le parti non si raggiunga un accordo per la rimozione dell'arbitro e le stesse non abbiano stabilito regole differenti per rimediare ad un eventuale disaccordo. In tale eventualità si procederà a seconda se si tratti di un organo

la rinuncia all'incarico ad opera dell'arbitro ovvero la sua rimozione concordata dalle parti litigiose, non è considerata presunzione legale del riconoscimento dell'esistenza di uno dei motivi previsti *ex lege* per la sua rimozione. La rinuncia all'incarico da parte dell'arbitro in presenza di un'istanza di ricusazione non è riconoscimento tacito della sussistenza del motivo di ricusazione.

Ciò potrebbe però portare ad una conclusione inadeguata. L'arbitro infatti una volta accettato l'incarico non potrà rinunciarvi se non per giusta causa. Una rinuncia al mandato senza giusta causa esporrà l'arbitro al rischio di responsabilità per i danni e pregiudizi provocati alle parti. Così argomentando, la rinuncia effettuata dall'arbitro a seguito di un'istanza di ricusazione, se non determina l'ammissione tacita di una causa di ricusazione, si traduce in rinuncia senza giustificata causa all'incarico⁵⁵¹.

La rinuncia all'incarico per ricusazione pone un'ulteriore problematica: il valore degli atti compiuti durante il procedimento dall'arbitro ricusando.

Per garantire le parti da possibili abusi degli arbitri, gli atti posti in essere durante la pendenza della ricusazione si considerano come mai esistiti. Con riferimento invece agli atti compiuti prima della proposizione dell'istanza di

arbitrale unipersonale o collegiale attraverso un procedimento *ad hoc* o mediante un procedimento di volontaria giurisdizione, come avviene per la designazione giudiziale degli arbitri. Nell'ipotesi di rimozione di uno dei membri dell'organo arbitrale collegiale, la legge arbitrale dispone che l'istanza di rimozione sarà decisa dagli stessi arbitri, "*los demás árbitros*". Nel caso di rimozione dell'arbitro unico ovvero di disaccordo tra gli arbitri stessi in relazione alla rimozione di un membro del collegio arbitrale, la legge spagnola si limita a stabilire la procedura da seguire ma non ne individua espressamente la competenza. Sono contemplate due ipotesi: a) le parti si accordano sul procedimento e le regole da seguire per procedere alla valutazione e decisione dell'istanza di rimozione, individuando altresì l'autorità competente; b) in tutte le altre ipotesi, si procederà alla decisione attraverso un giudizio verbale, equiparabile a quello dettato per la nomina giudiziale degli arbitri. Competente a decidere sarà dunque il giudice di Prima Istanza del luogo ove ha la sede l'arbitrato o, in difetto, del domicilio o della residenza abituale di uno dei convenuti, e se non è all'interno della Spagna, quello dell'attore, e se nemmeno questo lo ha in Spagna, il domicilio eletto dall'attore. Non si tratta di un procedimento di volontaria giurisdizione *strictu sensu*, infatti, l'attività richiesta non configura né tutela giudiziale, né una dichiarazione di diritto, ma solo un'attività di carattere amministrativo: rimuovere l'arbitro e provvedere, eventualmente, alla nomina del suo sostituto. La legge arbitrale prevede, infatti, che le istanze di rimozione e di nomina di un sostituto siano cumulabili, considerata la complementarietà dei loro oggetti e in ossequio al principio di economicità degli atti giudiziari. Avverso la decisione definitiva sull'istanza di ricusazione non è ammesso ricorso alcuno. Quando un arbitro termina il suo incarico per qualsiasi causa, quali astensione, ricusazione, rimozione, rinuncia, dovrà designarsi un arbitro sostituto. A tal fine l'art. 20 della Legge del 2003 dispone che il sostituto verrà designato secondo le modalità previste per la nomina dell'arbitro sostituito. Effettuata la nomina dell'arbitro sostituito, gli arbitri sentiranno le parti circa la necessità di ripetere alcuni degli atti e delle prove eventualmente eseguite.

551 Il disposto dell'art. 19 si limita comunque solo a meramente riprodurre quanto previsto dalla legge modello UNCITRAL del 1985.

ricusazione, l'art. 20, comma secondo, dispone che, una volta nominato il sostituto, saranno gli arbitri, previa audizione delle parti, a decidere se devono ripetersi gli atti già posti in essere, in questo modo la legge del 2003 inverte radicalmente il principio contemplato nella legge del 1988⁵⁵².

Anche se la legge arbitrale non stabilisce un criterio al quale gli arbitri dovranno attenersi nell'assumere tali decisioni, sono ravvisabili due criteri:

- l'oralità o la scrittura degli atti, di modo che gli atti scritti potranno essere mantenuti, mentre quelli orali andranno ripetuti dinanzi all'arbitro sostituto;

- la causa della ricusazione per cui: se la causa della ricusazione sussisteva già al momento della nomina dell'arbitro ma è stata conosciuta dalla parte solo successivamente, la soluzione più garantista è dichiarare la nullità di tutti gli atti arbitrali; se la causa della ricusazione è successiva alla nomina dell'arbitro e quest'ultimo ha adempiuto al suo obbligo di dichiararla venendo così ricusato, non è necessario dichiarare la nullità degli atti compiuti prima della ricusazione; se infine la causa è sopravvenuta ma l'arbitro non ha adempiuto all'obbligo di dichiararla, la nullità comprende tutti gli atti arbitrali posti in essere dal momento in cui la causa di ricusazione è sorta.

E) Decisione di ricusazione

Se la controparte non accetta la ricusazione e l'arbitro non rinuncia all'incarico, si dovrà procedere alla decisione dell'istanza. La legge del 2003 attribuisce la competenza a decidere sull'istanza di ricusazione agli stessi arbitri.

Nella *Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje* 60/2003 si riconosce che oltre al criterio legale predisposto di attribuire la competenza dell'istanza di ricusazione agli stessi arbitri, potevano essere astrattamente previste altre alternative che avrebbero maggiormente garantito l'imparzialità, ma che allo stesso tempo potevano incentivare tattiche dilatorie ad opera delle parti. In particolare tra le possibili alternative il legislatore spagnolo esamina l'opportunità di rimettere la competenza della

552 Il principio della necessità di ripetere tutte le attività arbitrali poste in essere in caso di rimozione di un arbitro e sua sostituzione è sancito dall'art. 28 della *Ley de Arbitraje* 36/1988, ai sensi del quale: "Si en el curso del arbitraje se incorpora un nuevo arbitro en sustitución de otro anterior, se volverán a practicar todas las pruebas que se hubieren realizado con anterioridad, salvo si el arbitro se considerara suficientemente informado por la lectura de las actuaciones".

ricusazione ad un giudice statale e sottolinea che tale procedimento da un lato avrebbe garantito alle parti di ottenere una decisione certa e preventiva sulla questione dell'imparzialità dell'arbitro, ma dall'altro si sarebbe potuto trasformare un utile strumento per dilazionare i tempi della procedura arbitrale impedendo così la tempestiva emissione del lodo.

La decisione sulla ricusazione dovrà farsi in forma scritta e con la stessa, eventualmente, si provvederà altresì alla nomina dell'arbitro sostituto.

Il legislatore spagnolo lascia inalterata però la disposizione della legge del 1988, in relazione alla quale l'arbitro nominato da una parte potrà essere ricusato dalla stessa parte che lo ha designato o che ha partecipato alla sua nomina solo per cause di cui sia venuta a conoscenza successivamente alla sua nomina. La norma persegue l'intento di evitare abusi dello strumento della ricusazione che si potrebbero verificare quante volte le parti pur conoscendo l'esistenza di cause di ricusazione non propongano la relativa istanza, riservandosi così di impugnare il lodo per nullità solo nell'ipotesi in cui lo stesso non le soddisfi.

Ciò nonostante la norma non dovrebbe trovare applicazione nelle ipotesi in cui la partecipazione di una parte alla nomina dell'arbitro non abbia consentito una conoscenza esaustiva del profilo personale e professionale dell'arbitro. La "partecipazione alla nomina" per escludere la possibilità di ricusare l'arbitro designato deve essere attiva e non meramente passiva, non può configurarsi come una mera accettazione, magari anche tacita, di una proposta di nomina effettuata dall'altra parte.

F) La non ricorribilità della decisione sulla ricusazione

L'art. 18, comma terzo, della legge arbitrale⁵⁵³ stabilisce che la parte ricusante non può impugnare in modo diretto la decisione che respinge la ricusazione, tuttavia potrà proporre azione di annullamento del lodo per tale ragione.

La *ratio* di tale norma si rinviene nella necessità di garantire la celerità e

553 Nell'art. 18 il legislatore spagnolo si discosta da quanto stabilito nell'art. 13, terzo comma, della Legge Modello UNCITRAL. In tale disposizione si riconosce il potere della parte ricusante, nel termine di 30 giorni dalla notifica della decisione che respinge l'istanza di ricusazione, di adire il tribunale competente affinché decida sulla questione con sentenza inappellabile. Durante la pendenza di tale giudizio, si ammette inoltre la possibilità che il procedimento arbitrale prosegua dinanzi all'organo giudicante originario e che venga emanato altresì il relativo lodo. Il legislatore spagnolo ha optato per una scelta più prudente non ammettendo la ricorribilità della decisione sulla ricusazione.

speditezza della procedura arbitrale. Nella *Exposicion de Motivos* della legge arbitrale del 2003 si chiarisce infatti che la possibilità di impugnare direttamente la decisione sulla ricusazione dinanzi al tribunale comporta il vantaggio di ottenere una certezza preliminare sulla questione dell'imparzialità, ma si presta ad un utilizzo dilatorio e a possibili abusi ad opera delle parti.

Al contrario, nell'ipotesi di decisione di sussistenza della ricusazione, la stessa non sarà suscettibile di impugnazione alcuna.

6.1 *Impugnación del laudo*

Come nella maggior parte degli ordinamenti giuridici europei, anche la legge spagnola riconosce un controllo giudiziale del lodo. Tale controllo esterno è considerato necessario per garantire la tutela giudiziale effettiva e il conseguente rispetto del diritto di difesa anche nei processi arbitrali.

La legge arbitrale del 1988 denominava erroneamente l'azione di impugnazione come "*recurso de anulación*". Errore comunemente riconosciuto in dottrina⁵⁵⁴, considerato che l'impugnazione non aveva un effetto devolutivo della giurisdizione tra arbitro e *Audiencia Provincial*, né costituiva una continuazione dello stesso processo in seconda istanza, come i ricorsi propriamente detti. La distinzione tra ricorso e impugnazione non è priva di rilevanza giuridica. Infatti, nel primo caso il termine per l'esercizio dell'azione è considerato come "*plazos procesales*" e dunque non sono computati i giorni giudizialmente *inhábiles*, ovvero i festivi; al contrario l'impugnazione dà luogo ad un nuovo giudizio sulla legalità del lodo pronunciato, per cui il computo del termine deve essere civile, senza esclusione dei giorni festivi.

Nella legge 60/2003 si rimedia all'inconveniente e l'impugnazione del lodo viene definita come "*acción de anulación*". Il titolo VII di detta legge è rubricato "*De la anulación y de la revición del laudo*" e disciplina il procedimento e i motivi di impugnazione del lodo.

L'azione di impugnazione determina l'inizio di un nuovo processo di

554 Cfr. F. MUNNÉ CATARINA, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Barcellona, 2004, p. 174 ss.; A. M. LORCA NAVARRETE, *Tratado de Derecho de Arbitraje*, San Sebastian, 2003, p. 399 ss.

carattere rescindente e a cognizione limitata, dato che il giudice statale dovrà limitarsi a verificare la fondatezza dell'azione e a dichiarare l'annullamento totale o parziale del lodo. La portata di tale controllo giudiziale è, dunque, limitata ad un giudizio esterno sulla osservanza dei limiti della giurisdizione arbitrale e delle minime garanzie formali, che costituiscono i motivi di impugnazione espressamente previsti dalla legge, e non si estende al merito della decisione della controversia.

La competenza a conoscere delle azioni di impugnazione era attribuita dalla legge del 2003 in prima ed unica istanza alla *Audiencia Provincial* del luogo ove il lodo era stato pronunciato, ai sensi dell'art. 8, quinto comma. La riforma arbitrale introdotta con la legge 11/2011 ha attribuito tale competenza alle “*Salas de lo Civil y de lo Penal*” dei “*tribunales Superiores de Justicia*”. La competenza territoriale continua ad avere carattere dispositivo, per cui può essere modificata ad opera delle parti, sia in modo espresso che tacito.

Il termine per l'esercizio dell'azione è di due mesi, che decorrono dal giorno seguente alla notificazione del lodo, o alla notifica della decisione sulla “*aclaración, corrección o complemento*” dello stesso lodo, ovvero dalla scadenza del termine per adottarla, *ex art. 41*, quarto comma.

La domanda dovrà essere formulata in modo conforme a quanto previsto nell'art. 399 LEC⁵⁵⁵ per il processo ordinario e dovrà essere accompagnata dalla convenzione arbitrale e dal lodo che si impugna. La stessa domanda dovrà contenere la richiesta di ammissione dei mezzi istruttori che l'attore ritiene utili e dovrà essere notificata al convenuto, che potrà contestarla nel termine di venti giorni. Contestata la domanda o trascorso invano il termine di venti giorni, si citerà il convenuto ad un'udienza, nella quale l'attore potrà richiedere l'ammissione delle prove contrarie.

555 L'art. 399 *Ley de Enjuiciamiento Civil* stabilisce:”1. El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el [artículo 155](#) los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida. 2. Junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del procurador y del abogado, cuando intervengan. 3. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.(...)”

I motivi di impugnazione del lodo arbitrale sono elencati nell'art. 41 e costituiscono un *numerus clausus*, come si evince dall'espressione adoperata dal legislatore per cui il lodo “*sólo podrá ser anulado*” quando venga allegata e provata l'esistenza di una delle cause previste *ex lege*. Si tratta dunque di cause o motivi di impugnazione tassativi relativi a vizi formali, che non consentono una revisione sostanziale della decisione arbitrale, né una nuova valutazione delle prove.

La tassatività della stessa elencazione limita le ipotesi di intervento del giudice statale nella procedura arbitrale e in questo modo garantisce la stabilità del lodo pronunciato dagli arbitri e la separazione della via arbitrale da quella giudiziale⁵⁵⁶.

In particolare i motivi di impugnazione possono essere divisi in due grandi insiemi⁵⁵⁷. Nel primo sono compresi gli *errores in negotio*, che viciano la convenzione arbitrale, come l'inarbitrabilità della controversia o l'invalidità della stessa. Il secondo gruppo è formato dagli *errores in procedendo*, come la violazione dell'ordine pubblico processuale.

La riforma del 2011 non ha modificato le cause di impugnazione che sono:

1) Inesistenza o invalidità della convenzione arbitrale.

Il vizio dell'invalidità della convenzione arbitrale comprende tanto la nullità⁵⁵⁸ che l'annullabilità⁵⁵⁹. Pertanto, l'impugnazione potrà essere proposta sia laddove manchino uno o più elementi essenziali della convenzione arbitrale, sia in presenza di vizi o difetti invalidanti, che dovranno essere allegati dalla parte interessata. Determina l'impugnabilità del lodo altresì l'inesistenza della convenzione sia fisica che giuridica, come nell'ipotesi di convenzione sottoposta a termine, condizione o modo, *ex artt.* 1113 ss. c.c.

2) *Indefension al notificar el arbitro designado o en emplazamiento*.

Il lodo può essere impugnato se una parte allega e prova che non sono state

556 Cfr. R. MULLERAT, *La anulación del laudo arbitral*, in *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1995, vol. XI, p. 113 ss.

557 Cfr. A. M. LORCA NAVARRETE, *Tratado de derecho de arbitraje*, San Sebastian, 2003, p. 431.

558 Sono cause di nullità, *inter alia*: l'aver stipulato la convenzione per errore, violenza o dolo, *ex artt.* 1265-1270 c.c.; la violazione del principio di uguaglianza nella designazione degli arbitri, ai sensi dell'art. 15 LA; la previsione di un numero di pari di arbitri, *ex art.* 12 LA.

559 Costituiscono cause di annullabilità della convenzione: l'assenza della capacità necessaria per essere minore o incapace *ex art.* 1263 c.c.; il difetto di rappresentanza di chi sottoscrive la convenzione, *ex art.* 1710 c.c.; il difetto della forma scritta, *ex art.* 9 LA.

debitamente notificate la nomina di un arbitro o le decisioni arbitrali o non ha potuto per qualsiasi ragione far valere i suoi diritti. Vi rientra qualsiasi evento o circostanza che limiti il diritto di difesa di una delle parti dell'arbitrato, conseguenza di un errore o difetto di comunicazione.

3) Extrapetizione

La legge stabilisce che una parte può impugnare il lodo se allega e prova che gli arbitri si sono pronunciati su questioni non sottoposte alla loro decisione. In tale ipotesi si potrà richiedere un annullamento solo parziale del lodo, ove la materia non sottoposta alla decisione dell'arbitro sia scindibile dall'oggetto delle domande, in caso contrario si dovrà procedere all'annullamento dell'intero lodo.

4) Violazione delle norme stabilite dalle parti o di norme imperative di legge
Tale vizio si riferisce esclusivamente alle norme convenzionali o di legge che disciplinano la designazione degli arbitri e il procedimento arbitrale.

Vengono individuati due diversi motivi di impugnazione: il primo consiste nella violazione di norme convenzionali o legali relative alla designazione degli arbitri; il secondo si riferisce alla violazione di norme legali o convenzionali circa il procedimento arbitrale.

Nel primo motivo è compresa la violazione di tutte quelle disposizioni pattuite dalle parti per l'individuazione e la nomina dell'organo arbitrale, nonché le qualifiche richieste per rivestire il ruolo di arbitro.

Nel secondo la violazione di norme imperative come la capacità per essere arbitro, di cui all'art. 13, le modalità di nomina, *ex artt.* 14 e 15, i motivi di riconsunzione *ex artt.* 18 e 19 ed il principio per cui le modalità di sostituzione degli arbitri devono coincidere con quelle seguite per la designazione del sostituto.

5) Inarbitrabilità

Il lodo può essere impugnato quando gli arbitri hanno deciso su questioni che non possono formare oggetto di arbitrato⁵⁶⁰. L'art. 41, secondo comma, prevede che la nullità del lodo per tale motivo può essere eccepita anche

560 L'art. 2, comma primo, della legge arbitrale del 2003 stabilisce che “*Sono susceptible de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*”. Il criterio accolto dal legislatore spagnolo per individuare l'arbitrabilità delle controversie consiste nella disponibilità dell'oggetto. La *disponibilidad* è un concetto giuridico indeterminato, la cui interpretazione cambia in funzione del momento storico. Non tutte le questioni disponibili per le parti sono altresì arbitrabili, ma vi sono ipotesi in cui la devoluzione ad arbitri è espressamente vietata o limitata dalla legge.

d'ufficio dal giudice competente e la relativa istanza può essere proposta direttamente dal *Ministerio Fiscal*.

6)Lodo contrario all'ordine pubblico

La parte interessata può impugnare il lodo allegando e provando che è contrario all'ordine pubblico. Anche tale vizio può essere rilevato d'ufficio dal giudice e l'impugnazione può essere proposta dal pubblico ministero. L'ordine pubblico non è inteso come limite all'arbitrabilità delle controversie, ma come un limite che il lodo deve rispettare, sia esso di diritto che di equità. Per ordine pubblico si intendono non tutte le norme imperative, ma solo quelle norme, imperative, che sono di interesse generale o pubblico⁵⁶¹ e che rappresentano un limite all'autonomia dei privati secondo il brocardo *privatorum convenio juri publico non derogat*.

6.2 Effetti dell'annullamento del lodo

In seguito all'annullamento del lodo, sia totale che parziale, la controversia oggetto di risoluzione nel lodo annullato resterà impregiudicata, considerato che la decisione dell'arbitro è annullata attraverso una sentenza giudiziale. Tale annullamento non necessariamente conduce ad un nuovo processo per la risoluzione della controversia. Le parti infatti, dato il carattere dispositivo dell'oggetto del processo arbitrale, potranno decidere se iniziare o meno un nuovo giudizio.

Gli effetti derivanti dall'annullamento del lodo non sono omogenei ma dipendono dalla causa che ha dato origine all'annullamento stesso. Pertanto, se il vizio consiste nel difetto di giurisdizione dell'arbitro, derivante da ragioni oggettive, come l'inarbitrabilità della controversia, o da ragioni soggettive, come l'assenza o la nullità della *sumisión* agli arbitri, non si potrà procedere con un nuovo processo arbitrale, ma la controversia dovrà essere devoluta alla giurisdizione ordinaria. Al contrario, se il vizio del lodo

561 Secondo parte della dottrina per l'impugnazione del lodo arbitrale rilevano solo le violazioni delle norme di ordine pubblico sostanziale e non anche processuale. Nell'insieme sono comprese non solo le norme di rango costituzionale che stabiliscono i diritti fondamentali, ma tutte quelle norme imperative che assolvono ad un interesse di carattere generale. In tal senso è impugnabile per violazione dell'ordine pubblico sostanziale il lodo che dichiara la nullità di un matrimonio, un divorzio o una dichiarazione di paternità. Cfr. F. MUNNÉ CATARINA, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Barcellona, 2004, p. 181 ss.

è formale, dopo la dichiarazione di annullamento del lodo, si dovrà procedere ad un nuovo processo arbitrale privo ovviamente di vizi.

Per quanto rileva in questa sede, la parzialità dell'arbitro vizia il relativo lodo pronunciato, trasformandosi in motivo di impugnazione del lodo stesso⁵⁶².

Nella giurisprudenza spagnola non si riscontra un orientamento univoco sulla qualificazione del vizio della parzialità dell'arbitro.

In talune sentenze il difetto di imparzialità dell'organo giudicante viene ricondotto al motivo di cui all'art. 41, primo comma, lett. d, LA⁵⁶³. La parzialità dell'arbitro, infatti, integrerebbe la violazione di norme imperative relative alla designazione dell'arbitro e, precisamente, la violazione dell'art. 17 della legge arbitrale.

In numerose sentenze tuttavia tale vizio viene ricompreso nel più generico art. 41, primo comma, lett. l, LA ovvero nella contrarietà del lodo all'ordine pubblico⁵⁶⁴. L'imparzialità del giudice privato è considerata un principio fondamentale di ordine pubblico processuale, la cui violazione determina l'annullabilità del lodo arbitrale.

Una volta impugnato il lodo arbitrale che si ritiene viziato, le “*Salas de lo Civil y de lo Penal*” dei “*tribunales Superiores de Justicia*” territorialmente competenti procederanno all'esame della domanda di impugnazione e delle relative prove. Laddove si ritenga fondato il motivo di impugnazione, il lodo sarà dichiarato nullo e si aprirà un secondo processo arbitrale. La competenza a risolvere la controversia resterà, comunque, in capo agli arbitri, ma dovrà procedersi alla formazione di un nuovo collegio formato da arbitri imparziali.

562 Come risulta da sent. *Audiencia Provincial Islas Baleares* 6 novembre 1997, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, 1999, §174, p. 374 ss.; in dottrina A. M. LORCA NAVARRETE, *Tratado de Derecho de Arbitraje*, San Sebastian, 2003, p. 439 ss.

563 Come risulta da sent. *Audiencia Provincial Madrid* 22 settembre 2010, n. 624, *JUR* 2011/18971; sent. *Audiencia Provincial Segovia* 6 febbraio 1998, n. 11, AC 1998/4249.

564 Come in sent. *Audiencia Provincial Madrid* 4 maggio 2010, n. 468, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2011, 1.

CAPITOLO V:

PROFILI COMPARATIVI

1.1 L'imparzialità dell'arbitro. 1.2 L'indipendenza è un valore funzione. 1.3 Arbitri di parte. 1.4 Tutela dell'imparzialità dell'arbitro. 2.1 Imparzialità: nozione e dovere. 2.2 Capacità degli arbitri. 3.1 Obbligo di *disclosure* nel diritto italiano. 3.2 Colloqui preliminari tra parti e arbitri. 4.1 Ricusazione e astensione del giudice privato. 4.2 La ricusazione. 4.3 Criteri per la valutazione delle circostanze che legittimano la ricusazione arbitrale. 4.4 La scelta del legislatore italiano. 4.5 Analisi dei motivi di ricusazione. 4.6 Arbitro collega del difensore di una delle parti. 4.7 Arbitri seriali. 5.1 Procedimenti di ricusazione. 5.2 Sospensione e riattivazione della procedura. 6.1 Rimedi successivi alla parzialità dell'arbitro. 6.2 L'impugnazione del lodo emesso dall'arbitro parziale. 6.3 Rimedi contro il lodo emesso dall'arbitro parziale: cenni comparatistici. 6.4 Circolazione dei lodi.

1.1 L'imparzialità dell'arbitro

Tradizionalmente⁵⁶⁵, si ritiene che l'imparzialità si componga di tre distinti sottovalori: l'indipendenza, la neutralità e l'imparzialità *strictu sensu* intesa.

L'indipendenza consiste nell'assenza di relazioni, precedenti o attuali, dell'arbitro con una delle parti. Si tratta, dunque, di una nozione specifica che presuppone la non dipendenza di natura economica, professionale o psicologica del giudice privato dalle parti o dai difensori delle stesse.

La neutralità si concretizza in un atteggiamento psicologico o intellettuale di estraneità su un piano generale, nei confronti della più ampia categoria di cui la controversia fa parte e non in relazione alla specifica situazione in questione. L'arbitro deve essere cioè culturalmente ed ideologicamente equidistante dalle parti e tollerante verso gli altrui valori e convinzioni⁵⁶⁶.

L'imparzialità⁵⁶⁷ in senso stretto è un requisito soggettivo dell'arbitro che

565 RUBINO – SAMMARTANO, *Diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, p. 484 s.

566 Cfr. RICCIARDI, *La scelta degli arbitri e la costituzione del collegio arbitrale: deontologia e prassi*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 804 ss. Il requisito della neutralità assume particolare rilievo nell'ambito dell'arbitrato internazionale ove è necessario che l'arbitro sia aperto a recepire le tesi di tutte le parti anche se fondate su principi basati su sistemi giuridici, economici e culturali diversi da quelli ai quali egli fa riferimento.

567 Con il termine imparzialità si intende la "situazione soggettiva intesa a far sì che la causa di una delle parti non venga aprioristicamente privilegiata in base a considerazioni e motivi che nulla hanno a che vedere con la fondatezza delle tesi espresse dalle parti, né con l'equità delle rispettive posizioni, qualora agli arbitri sia stato consentito di giudicare *ex aequo et bono* quali amichevoli compositori". BERNINI, *Quale arbitrato?*, Convegno AIA, *L'arbitrato: un servizio per l'impresa*, Torino, 10 ottobre 1991.

presuppone che il suo “animo” sia privo di pregiudizi nei confronti di una delle parti.

La differenza tra i tre concetti è chiara⁵⁶⁸. L'indipendenza e la neutralità altro non sono che requisiti preventivi volti a garantire l'imparzialità, sono cioè dei cd. valori – mezzo. Solo l'imparzialità, di cui indipendenza e neutralità sono requisiti strumentali, è il valore finale ed è assolutamente incompressibile⁵⁶⁹. L'imparzialità dell'arbitro è, infatti, “il sale, l'anima della procedura arbitrale”⁵⁷⁰.

Il carattere soggettivo dell'imparzialità e la relativa difficoltà di individuare prevenzioni o pregiudizi dell'arbitro riguardo la lite determinano, però, la necessità di trovare e disciplinare indici, circostanze, rapporti in presenza dei quali presumere la parzialità dell'organo giudicante.

Tuttavia ciò non significa che oggetto della tutela siano gli indici, il valore assoluto oggetto di tutela è solo l'imparzialità del giudice privato o statale.

L'indipendenza e la neutralità sono solo “quanto di rinunciabile vi è nell'imparzialità”⁵⁷¹.

Gli ordinamenti giuridici diversamente tutelano tale valore, predisponendo strumenti diversi e disciplinando procedimenti diversi.

Ciononostante tutti gli ordinamenti perseguono un'unica finalità: garantire alle parti litiganti di essere giudicate da un giudice imparziale. Indipendentemente da quale strumento ciascuna autorità statale decida di utilizzare per garantirlo, questo principio deve considerarsi cogente e comune a tutti gli ordinamenti giuridici.

Al noto principio per cui il giudice deve non solo essere imparziale, ma anche apparire tale è necessario attribuire un preciso significato. Ciò che realmente conta è che il giudice privato sia effettivamente imparziale,

568 Parte della dottrina è di contrario avviso e ritiene che le differenze tra i concetti di imparzialità, indipendenza e neutralità non possono essere definite in modo assoluto in quanto “si scopre che vi sono scambi e sovrapposizioni, sembrando incerte le frontiere tra i tre requisiti”. Cfr. GRANDE STEVENS, *Una finestra sul mondo della deontologia arbitrale*, in *Rass. forense*, 1990, p. 285.

569 BRIGUGLIO, *Epigramma sulla ricusazione degli arbitri (con due note a piè di pagina)*, in *Giur. it.*, 2004, p. 460.

570 LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1995, p. 62.

571 GIOVANNUCCI ORLANDI, *L'imparzialità dell'arbitro: essere o apparire*, in *Contratto e impresa*, 1994, 3, p. 1201.

mentre ciò che dell'imparzialità rappresenta l'aspetto esteriore può essere oggetto di rinuncia ad opera delle parti, di comune accordo. L'indipendenza come la neutralità possono essere oggetto di rinuncia espressa, con un accordo comune, o implicita, attraverso la mancata proposizione dell'istanza di riconsuazione⁵⁷².

Inoltre, occorre considerare che il rapporto tra parti e arbitri è basato su un imprescindibile vincolo fiduciario, di cui migliori garanti sono proprio le parti. Ai litiganti deve, pertanto, riconoscersi la facoltà di valutare se l'arbitro nominato non meriti più quella fiducia.

Nell'arbitrato viene quindi in rilievo un profilo di incompatibilità "in concreto", la dove nel processo ordinario c'è da salvaguardare innanzitutto una incompatibilità "in astratto"⁵⁷³.

Per il giudice ordinario il dovere di imparzialità deriva dalla natura pubblica della funzione esercitata, per gli arbitri al contrario esso deriva da un obbligo privatistico fondato sulla fiducia, del cui rispetto garanti sono le stesse parti.

Le parti di un procedimento arbitrale sono, dunque, libere di valutare se le circostanze, che costituiscono motivi riconsuazione, determinino anche il venir meno del vincolo fiduciario⁵⁷⁴.

Al fine di garantire la compatibilità in concreto dell'arbitro, la soluzione più equilibrata è quella di imporre agli arbitri il dovere di rivelare tutte le circostanze che possano mettere in dubbio la sua imparzialità, lasciando alle parti la possibilità di scegliere se avvalersi o meno delle prestazioni di quella persona.

In mancanza di un simile dovere, le disposizioni vigenti nel codice di procedura civile italiano vanno lette con empirismo cercando un equilibrio tra "l'esigenza di garantire che il giudice arbitrale sia nel suo complesso imparziale e la consapevolezza che i migliori giudici di tale imparzialità complessiva sono le parti"⁵⁷⁵.

572 *Contra*: RUBINO – SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, p. 487, il quale ritiene l'indipendenza al pari dell'imparzialità non sia derogabile, neppure convenzionalmente.

573 BRIGUGLIO, *Epigramma sulla riconsuazione degli arbitri (con due note a piè di pagina)*, in *Giur. it.* 2004, p. 460.

574 Il giudice statale ha invece l'obbligo di astenersi, ai sensi dell'art. 51 c.p.c.

575 Da questa impostazione discende la possibilità per le parti di accordarsi sulla nomina

1.2 L'indipendenza è un valore funzione

“L'animo umano non è facile da scandagliare, l'imparzialità del singolo non può risolversi che nell'apparenza di imparzialità e l'apparenza di imparzialità non può che tradursi nell'indicazione di circostanze le quali, secondo quanto normalmente accade, generano parzialità”⁵⁷⁶.

Sebbene il valore - fine che gli ordinamenti giuridici tutelano è l'imparzialità effettiva, il carattere soggettivo e di difficile riconoscimento dello stesso induce i legislatori ad individuare indici oggettivi in presenza dei quali il giudice si possa affermare almeno apparentemente parziale.

Tali indici, indipendenza e neutralità, si traducono nell'individuazione di una serie di circostanze in presenza delle quali l'arbitro potrebbe essere, ma non necessariamente è, parziale.

Il problema è allora l'individuazione delle circostanze che possono determinare la parzialità e la possibilità che queste costituiscano un'elencazione tassativa o rimessa alla discrezionalità di chi è chiamato a decidere.

La legge italiana, a tutela dell'imparzialità, disciplina l'istituto della riconsunzione, fissando un catalogo di sintomi di parzialità, tassativi e descritti con sufficiente precisione, in presenza dei quali attribuisce ai litiganti il diritto di non essere giudicati da quel giudice.

di arbitri che difettino dei requisiti di imparzialità astrattamente previsti, sempre che si tratti di accordi derogatori sulla persona e relativi alle circostanze concrete rese note alle parti attraverso una effettiva *disclosure* da parte dell'arbitro. In questo modo il principio di autoreponsabilità delle parti è riconosciuto come limite al diritto di riconsunzione. DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale*, in *Riv. Dir. proc.*, 1995, p. 167 s. Ma l'elemento fiduciario cui il legislatore nell'arbitrato riconosce meritevolezza, in particolare nel prevedere la possibilità di scelta di un arbitro ad opera della parte, potrebbe legittimare altresì accordi limitativi del potere di riconsunzione.

La rinuncia in astratto alla riconsunzione attraverso la predisposizione di una clausola da inserire all'interno della convenzione arbitrale potrebbe essere utilizzata dalla parte contrattuale più forte per abusi a danno di quella più debole. Tuttavia, è pur vero che lo stesso strumento della riconsunzione può trasformarsi in una tattica dilatoria od ostativa del buon e celere esito della procedura arbitrale. Parte della dottrina, BRIGUGLIO, in Briguglio – Fazzalari – Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 249, considera legittima l'esclusione totale della riconsunzione degli arbitri “per esigenze di particolare speditezza ed al fine di evitare ogni possibile interferenza dilatoria”. Infatti l'eventuale doglianza di parzialità dell'arbitro potrebbe essere successivamente convertita in motivo di annullamento del lodo *ex art.* 829, primo comma, n. 9 c.p.c. ovvero per violazione del principio del contraddittorio.

⁵⁷⁶ RONCO, *Dialogo sulla riconsunzione degli arbitri*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1973.

Tale misura tende ad “esorcizzare la parzialità potenziale⁵⁷⁷”, ma il mancato ricorso allo strumento non equivale a rinunciare all'imparzialità dell'arbitro fino all'esito del processo arbitrale. Le parti potranno, dunque, legittimamente nominare arbitri non estranei, gli arbitri non estranei accettare l'incarico e il ricorso alla riconsunzione non essere eccepito, ma ciò non determina alcun esonero sul piano dell'imparzialità.

L'imparzialità, infatti, costituisce il “modo stesso di giudicare”⁵⁷⁸ ed è un'esigenza irrinunciabile delle parti in lite.

1.3 Arbitri di parte

Nelle legislazioni arbitrali straniere, nella maggior parte delle clausole compromissorie e nei regolamenti degli arbitrati cd. amministrati, la formazione dei tribunali arbitrali avviene mediante la nomina ad opera di ciascuna parte litigante di un giudice privato e poi la designazione ad opera degli arbitri nominati o di una autorità statale di un terzo arbitro.

Nella prassi, dunque, ciascuna parte nomina un arbitro mediante una dichiarazione unilaterale di volontà, che non richiede alcuna accettazione da parte degli altri litiganti, e un terzo arbitro viene scelto di comune accordo dai due arbitri nominati.

Il tribunale arbitrale risulta in queste ipotesi formato da un arbitro che non è scelto da alcuna parte e due arbitri che sono scelti ciascuno da una sola parte.

Il problema dell'imparzialità si pone nei confronti degli arbitri cd. di parte⁵⁷⁹ in modo più complesso.

Ciascuna parte tenderà a designare come arbitro una persona che conosce, verso la quale nutre rispetto e stima, e a cui è legato da un vincolo fiduciario.

Le relazioni, i legami e i rapporti con le parti sono il presupposto della nomina stessa degli arbitri di parte, ma possono anche rappresentare un elemento perturbatore dell'equidistanza che ogni giudicante dovrebbe avere

577 FAZZALARI, *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, p. 3.

578 FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 4.

579 Si veda CHIRICO, *La riconsunzione dell'arbitro di parte*, in *Corr. Giur.*, 1997, n. 12, p. 1449 ss.; CONSOLO, *Riconsunzione ex artt. 815 e 51 comma 2 c.p.c. tutt'altro che indiscriminata*, in *Corr. Giur.*, 1997, n. 12, p. 1461 s.

nei confronti di tutti i litiganti.

Le parti, infatti, nella designazione cercheranno inevitabilmente di scegliere come arbitri persone predisposte alle proprie argomentazioni e vicine alle proprie domande e che nella decisione della lite manifestino tale inclinazione.

Il rischio insito nella figura degli arbitri di parte è che possono trasformarsi in difensori delle parti stesse. In tal modo, le parti verrebbero difese ciascuna da un proprio avvocato *ab externo* e dall'arbitro nominato all'interno del collegio. Ago della bilancia sarebbe il presidente del collegio arbitrale cui verrebbe rimessa la decisione concreta della lite e da cui dipenderebbe la buona conduzione dell'intera procedura⁵⁸⁰.

Presupporre che la parte nomini un arbitro dal quale si aspetti un comportamento rigorosamente imparziale in sede di decisione è in effetti irrealistico. Ovviamente ciascuna tenderà ad individuare giudici che in qualche misura sostengano la propria posizione e manifestino un atteggiamento di favore all'interno del collegio.

Tuttavia una distinzione dei ruoli tra arbitro ed avvocato non solo è ovvia, ma anche necessaria. Non avrebbe alcun senso il ricorso ad un tribunale tripartito ove gli arbitri di parte si comportassero come difensori. Dunque è necessario che l'avvocato si mostri parziale e difenda le tesi sostenute dal proprio rappresentato e che l'arbitro da uomo imparziale e terzo giudichi⁵⁸¹.

La prassi degli arbitri di parte è riconosciuta in tutti gli ordinamenti stranieri, ciononostante nessuno di quelli esaminati prevede diversi gradi di imparzialità per gli arbitri terzi e di parte.

L'obbligo di essere imparziali è imposto in egual maniera in capo tutti coloro i quali, accettando l'incarico, svolgono la funzione giurisdizionale.

Nessuna distinzione è prevista nell'ordinamento tedesco, in quello spagnolo, in quello francese, in quello inglese, né in quello italiano. Anche la *UNCITRAL Model law on International Commercial Arbitration* dispone che tutti gli arbitri siano in possesso del requisito dell'imparzialità.

La questione benché risolta in modo laconico dai legislatori è oggetto di molteplici dubbi e discussioni in seno alla dottrina italiana e straniera.

580 Cfr. RONCO, *Dialogo sulla ricusazione degli arbitri*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1975.

581 In tal senso RONCO, op. ult. loc. cit.

Un orientamento dottrinale⁵⁸² considera, infatti, il valore dell'imparzialità suscettibile di temperamenti, vi sarebbero, cioè, vari modi di essere imparziali. Non è realistico richiedere ed imporre all'arbitro nominato dalla parte lo stesso grado di imparzialità richiesto all'arbitro unico o al presidente del collegio arbitrale.

Infatti, per un verso le parti sceglieranno arbitri adeguati a sostenere le proprie argomentazioni, per altro gli arbitri nominati saranno grati della fiducia riconosciuta dalla parte attraverso la nomina e mostreranno tale gratitudine all'interno del collegio arbitrale.

Così argomentando si finisce con il richiedere all'arbitro di parte non di essere imparziale, ma semplicemente di non essere disonesto, di non mostrarsi partigiano, di non diventare scorretto o corrotto⁵⁸³.

Come abbiamo già evidenziato, cosa è l'imparzialità e cosa è l'indipendenza o la neutralità.

Il legame fiduciario che si pone alla base del rapporto instauratosi tra parte ed arbitro presuppone un certo grado di conoscenza, una relazione o un rapporto. Per ciò stesso l'arbitro di parte difficilmente sarà indipendente, ma ciò non toglie che lo stesso debba essere imparziale. L'indipendenza è senza dubbio funzionale a garantire l'imparzialità, ma non necessariamente un arbitro dipendente è anche parziale, mentre uno indipendente solo per questo imparziale⁵⁸⁴.

Le parti nell'ambito della propria autonomia negoziale potranno essere concordi nel designare, ciascuna, un arbitro non estraneo, senza che per questa ragione venga meno l'imparzialità dello stesso giudice privato. Qualsiasi esonero o deroga all'indipendenza degli arbitri non significa deroga all'imparzialità⁵⁸⁵. Le parti saranno libere di considerare l'arbitro non estraneo idoneo allo svolgimento dell'incarico arbitrale in modo del tutto

582 Cfr. TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. Arb.*, 1997, p. 481 ss.

583 In tal senso DOMKE, *The law and practice of commercial arbitration*, Mundelein, 1968, p. 197, ove l'A. sostiene che l'arbitro non può essere disonesto, considerando tale qualità sufficiente alla buona conduzione del procedimento arbitrale. Insomma l'arbitro di parte potrebbe anche essere partigiano, purché non disonesto.

584 La distinzione tra indipendenza ed imparzialità è criticata da parte della dottrina che la considera rilevante "sotto il piano delle delle definizione astratte, ma rischia di essere una nobile aspirazione destinata ad essere quotidianamente frustrata nella pratica". TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. Arb.*, 1997, p. 489.

585 La tesi è condivisa da FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 1 ss.

imparziale: sono proprio le parti i migliori giudici dell'imparzialità degli arbitri.

In un arbitrato è, dunque, necessario che i componenti dell'organo giudicante in modo trasparente mettano a conoscenza le parti di tutti quei legami o quelle relazioni che possono mettere in dubbio la propria imparzialità, ma che siano poi le parti a decidere se tali circostanze rendano o meno il giudice parziale. Il legislatore italiano non avendo introdotto il *duty of disclosure* dei giudici privati rende la situazione più complessa, tuttavia alle parti è pur sempre riconosciuto il potere di ricusare i giudici privati entro un breve termine, ma decorrente dalla conoscenza della causa stessa della ricusazione.

La dottrina francese ha manifestato orientamenti contrastanti sull'ammissibilità della figura dell'arbitro di parte.

Basti pensare che il primo arbitrato organizzato dalla Camera di commercio internazionale, *Chambre de commerce internationale*, cd. CCI, con sede a Parigi, ove fu fondata nel 1919, è stato deciso da un collegio arbitrale composto da tre arbitri, due dei quali erano dichiaratamente di parte.

Ancora oggi è molto discussa la prassi degli arbitri di parte⁵⁸⁶.

Un orientamento dottrinale⁵⁸⁷ esclude la possibilità di arbitri parziali. Infatti, la funzione giurisdizionale che il giudice privato è chiamato a svolgere gli impone un obbligo di imparzialità ed equidistanza dalle ragioni dei litiganti. Nessuna distinzione può essere fatta all'interno del tribunale arbitrale: chiunque rivesta il ruolo di arbitro deve garantire l'imparzialità, indipendentemente dalle modalità con cui è stato nominato o dal soggetto da cui la nomina promana.

Tale orientamento è condiviso dalla giurisprudenza⁵⁸⁸ che ha, da tempo, precisato che gli arbitri non sono i mandatari di ciascun contraente, ma sono in ogni caso giudici della lite che gli è devoluta, e la loro indipendenza è una qualità essenziale per l'esercizio del potere giurisdizionale.

586 Ricordiamo che LALIVE, in *Dimensions culturelles de l'arbitrage international*, (in *Theory of International Law at the Threshold of the 21 Century*, Essay in honour of Krzysztof Skubiszewski, The Hague – Boston – London, 1996, p. 777) riteneva che “*la conception de l'arbitre de partie*” *comme intermédiaire ou médiateur ne soulèverait guère d'objections fondamentales si elle était, d'entrée de cause, connue et, surtout, comme aux deux arbitres choisis par les parties, le principe d'égalité étant ainsi respecté*”.

587 CLAY, *L'arbitre*, Paris, 2001, p. 290 ss.; HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Parigi, 2001, p. 332 ss.

588 *Cour d'appel de Paris*, 8 maggio 1970, in *Rev. Arb.*, 1970, p. 80.

Tuttavia, di recente la giurisprudenza francese ha riconosciuto la figura dell'*arbitre-partisan*⁵⁸⁹, considerando l'importante ruolo conciliativo che possono svolgere gli arbitri di parte. Le corti francesi hanno ribadito la rilevante funzione svolta dall'obbligo di rivelazione degli arbitri e considerato l'indipendenza arbitrale, e non l'imparzialità, un requisito derogabile ad opera delle stesse. Il difetto di trasparenza è con forza sanzionato e condannato dalla giurisprudenza francese che tuttavia non considera un requisito indispensabile per lo svolgimento della funzione giurisdizionale da parte del giudice privato l'assenza di legami o di rapporti con una delle parti.

L'impostazione della corte francese non è stata esente da critiche dottrinali, forse anche basate su timori di strumentalizzazioni della distinzione teorica tra indipendenza e imparzialità del giudicante.

Il legislatore tedesco nel par. 1035 ZPO si limita ad affermare che ogni arbitro deve essere imparziale, senza precisare alcunché. Il silenzio viene inteso come la considerazione che tutti gli arbitri sono uguali e tutti ugualmente devono garantire la piena imparzialità all'interno del tribunale arbitrale. Tale soluzione secondo alcuni discenderebbe dall'applicazione in via di analogia dell'art. 97 GG anche ai giudici privati.

Anche il legislatore spagnolo introduce un dovere generale di imparzialità valevole per tutti gli arbitri. Infatti, l'art. 17 della legge spagnola n. 60 del 2003 dispone che: " *Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial*". L'affermazione di principio viene poi garantita attraverso la previsione di un sistema di rikusazione a clausola aperta, applicabile indistintamente a tutti gli arbitri siano o meno nominati da una delle parti in lite.

Dibattito maggiore si rinviene in seno alla giurisprudenza e alla dottrina inglese.

L'Arbitration Act del 1996 considera l'imparzialità come uno dei principi fondamentali su cui si fonda l'intera disciplina arbitrale, riconosce alle parti

589 HENRY, *Les obligations d'indépendance et information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente*, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 212 ss.; DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire, L'arbitrage*, Louvain-la-Neuve, 2000, p. 141. Corte di appello di Parigi, 20 novembre 1997, *3R c/ Phénix Richelieu*, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 329; Corte di cassazione, 24 marzo 1998, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 255 e in *JDI*, 1999, p. 155, con nota di Anne – Emmanuelle Kahn.

il potere di rimuovere l'arbitro che non abbia avuto una condotta *fairly and impartially* ed ammette l'impugnazione del lodo almeno nei casi di effettiva parzialità.

Tuttavia, la prassi inglese ha riconosciuto l'istituto del cd. *arbitrator - advocate* e nella legge del 1996 il legislatore inglese non ha introdotto alcuna norma che ne precluda la diffusione. Ancora oggi dunque è ammissibile, o meglio non è *contra legem*, procedere alla formazione di un collegio arbitrale inizialmente formato da due *party appointed arbitrators*, e prevedere la nomina di un *umpire* solo nel caso di un disaccordo tra i due, consentendo la trasformazione degli arbitri di parte da giudici in avvocati difensori.

Questa prassi giustificata dalla dottrina sulla base di una netta divisione dei ruoli e di una irrealistica consapevolezza dei soggetti nominati di svolgere dapprima un ruolo giudicante e poi solo di rappresentanza, sembra essere un *unicum* nel panorama europeo.

Per quanto si sostenga, infatti, che la indipendenza arbitrale sia derogabile, ammettere una trasformazione da giudice ad avvocato di un soggetto all'interno del medesimo procedimento forse sembra un forzare troppo la distinzione, appunto teorica, tra indipendenza ed imparzialità e rischia di non assicurare alle parti quelle garanzie minime necessarie allo svolgimento di una funzione giurisdizionale.

L'utilità della prassi anglosassone è stata sostenuta però da parte della dottrina italiana⁵⁹⁰ che considera vantaggioso nell'arbitrato un modello di “giudizio partecipativo” caratterizzato da un collegio disomogeneo formato da un arbitro giudicante ed un rappresentante di ciascuna parte. In questo sistema, l'arbitro giudicante dovrà discutere ogni questione ed ovviamente anche la decisione finale con i difensori delle parti. Tuttavia a questo punto risulta difficile comprendere che utilità possano avere gli avvocati difensori delle parti all'interno della procedura arbitrale. L'arbitrato avrà una finalità prevalentemente conciliativa volta ad ottenere, come nell'esperienza inglese dell'*umpire*, *the best compromise result*.

A questa forma di arbitrato definita *bi-partisan*, in cui si garantisce la paritaria partecipazione delle parti alla formazione del collegio arbitrale, ma

590 Cfr. CONSOLO, *Arbitri di parte non «neutrali»?», in Riv. Arb.*, 2001, p. 16 ss.

si rinuncia *ab initio* ad un organo arbitrale imparziale, si riconosce il vantaggio della trasparenza.

1.4 Tutela dell'imparzialità dell'arbitro

I principali rimedi predisposti dagli ordinamenti giuridici esaminati per tutelare l'imparzialità del giudice privato sono: la ricusazione e l'impugnazione del lodo emesso dall'arbitro parziale.

Le finalità perseguite attraverso gli strumenti sono diverse.

L'impugnazione del lodo tende a salvaguardare il rapido e spedito svolgimento del procedimento arbitrale, impedendo alle parti di utilizzare il valore dell'imparzialità del giudice privato alla stregua di un mero mezzo dilatorio.

La ricusazione, invece, è volta a garantire lo svolgimento sereno dell'arbitrato, determinando la sostituzione del giudice privato ove venga meno il rapporto fiduciario che lo lega alle parti ed è pienamente efficace, se esercitata al momento della nomina dell'arbitro sospetto.

La ricusazione ha la funzione di tutelare l'imparzialità apparente dell'arbitro. Pertanto, le parti potrebbero, pur in presenza di circostanze che rendano l'arbitro ricusabile, non sostituirlo e ritenere che lo stesso deciderà in modo imparziale ed equidistante.

L'impugnazione del lodo per nullità è uno strumento volto a garantire e a tutelare le parti dalla parzialità effettiva dell'arbitro. La parzialità dell'arbitro, infatti, si manifesta durante la procedura arbitrale e si concretizza nella pronuncia del lodo. Cogliere però la parzialità nella condotta del giudice privato è difficile, considerato inoltre che il suo operato può avvenire all'interno di un collegio ove sarà complicato imputare scelte od atti ad un componente in particolare. Si comprende da ciò l'importanza dei rimedi preventivi alla imparzialità arbitrale.

2.1 Imparzialità: nozione e dovere

Il codice di procedura civile italiano non menziona espressamente l'imparzialità arbitrale imponendo ai giudici privati il rispetto del relativo

dovere, ma si limita a tutelarla disciplinando lo strumento della ricusazione. La ricusazione è, infatti, l'unico presidio al dovere di imparzialità degli arbitri previsto dal legislatore italiano.

La scelta legislativa è condivisa dall'ordinamento giuridico francese e da quello tedesco, che si limitano a tutelare i rimedi e gli strumenti per garantire l'indipendenza e l'imparzialità arbitrale, ma non prevedono un obbligo espresso.

Al contrario, la legge arbitrale spagnola n. 60 del 2003 ha introdotto nell'art. 17 un dovere generale, rivolto a tutti gli arbitri, di essere e rimanere durante la procedura arbitrale "*independiente e imparcial*". Allo stesso modo l'Arbitration Act del 1996 comprende nel cd. *general duty*, di cui alla sec. 33, il dovere dell'arbitro di "*act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent(...)*".

Negli ordinamenti giuridici esaminati tendenze diverse si riscontrano, altresì, in relazione alla necessità che il giudice privato sia indipendente, oltre che imparziale.

Il legislatore italiano non ha imposto ai giudici privati un obbligo generale di imparzialità, né ha distinto i concetti di indipendenza e imparzialità, sulla cui differenza ha indugiato la dottrina.

La disciplina tedesca e quella spagnola sono state influenzate dalle disposizioni contenute nella *Model Law on International Commercial Arbitration*⁵⁹¹, elaborata dalla *United Nations Commission on International Trade (UNCITRAL)* e adottata come raccomandazione dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 21 giugno 1985.

Dette leggi statali si sono uniformate alla Legge Modello UNCITRAL prevedendo il richiamo non più solo all'imparzialità degli arbitri, ma anche allo loro indipendenza ed imponendo, dunque, ai giudici privati non solo di

591 In particolare, la disciplina è contenuta nell'art. 11 che stabilisce: "*When a person is approached in connection with his or her possible appointment as an arbitrator, he or she shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his or her appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties and the other arbitrators unless they have already been informed by him or her of these circumstances*" e nell'art. 12: "*1. Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. 2. A party may challenge the arbitrator appointed by it only for reasons of which it becomes aware after the appointment has been made*".

non avere legami rilevanti con le parti in causa, ma anche di non farsi influenzare nella decisione della lite da prevenzioni e pregiudizi estranei al merito della causa o al diritto delle parti.

Il legislatore inglese del 1996 si è discostato dai principi espressi dalle Nazioni Unite limitandosi ad introdurre il dovere degli arbitri di essere ed agire in modo imparziale, ma non introducendo alcun riferimento al requisito della “*independence*”.

Nel February 1996 Report DAC si è spiegato il mancato richiamo all'indipendenza in base al presupposto per cui è possibile essere imparziali senza essere indipendenti, ma chiunque manchi di indipendenza si dimostrerà parziale⁵⁹².

Il legislatore inglese chiarisce, dunque, che il valore da garantire è quello dell'imparzialità e che l'indipendenza rappresenta solo un valore strumentale, ma non finale. La stessa tendenza si riscontra anche nella dottrina francese, che, in assenza di una disciplina espressa nel codice di procedura civile, considera essenziale tutelare la “*indépendance d'esprit*”, considerata come una “*une condition de la liberté de jugement*”⁵⁹³.

Infatti, sebbene la dottrina e la giurisprudenza francesi tendano a non riferirsi all'imparzialità bensì a preferire il vocabolo indipendenza, quest'ultima viene intesa in un'accezione soggettiva. I giudici d'oltralpe richiedono agli arbitri di decidere ed agire con indipendenza di spirito, considerando come requisito imprescindibile l'effettiva imparzialità dell'arbitro⁵⁹⁴.

2.2 Capacità degli arbitri

Prima della riforma introdotta con il d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, il codice di procedura civile italiano stabiliva che “gli arbitri possono essere sia cittadini italiani sia stranieri”. La capacità degli stranieri di rivestire il ruolo di arbitro

592 La dottrina e la giurisprudenza inglesi si interessano principalmente della nozione di imparzialità riferendosi all'indipendenza solo in modo secondario e sussidiario. Cfr. MERKIN, *Arbitration Act 1996, An annotated guide*, London, 1996, p. 12 ss.

593 BREDIN, «*Qu'est-ce que l'indépendance du juge?*», in *Justice*, n. 3, 1996, p. 165.

594 Conferma di questa impostazione si rinviene anche in dottrina, in particolare CLAY, *L'arbitre*, Paris, 2001, p. 234 ss. L'A. distingue l'indipendenza come *notion souple*, una nozione rifugio, ovvero come nozione residuale che comprende l'imparzialità e dunque è intesa in senso soggettivo, dall'indipendenza in senso oggettivo quale inesistenza di legami fra arbitro ed una delle parti.

era stata introdotta solo nel 1983 nell'ordinamento giuridico italiano, che così si allineava alle convenzioni internazionali.

La norma, tuttavia, non includeva, né escludeva gli apolidi. Si riteneva possibile nel silenzio della legge che questi ultimi potessero diventare arbitri, dato che la *ratio* della nuova norma era di eliminare un divieto, non introdurre di nuovi⁵⁹⁵.

Venivano espressamente individuate alcune incapacità specifiche all'assolvimento della funzione arbitrale, così non potevano esercitare tale funzione i minori, i falliti, gli interdetti, gli inabilitati e gli interdetti dai pubblici uffici. L'elenco si riteneva tassativo, pertanto il divieto era limitato ai casi espressamente elencati⁵⁹⁶.

Il legislatore del 2006 ha semplificato la disciplina, stabilendo, nell'art. 812 c.p.c., che “non può essere arbitro chi è privo, in tutto o in parte, della capacità legale di agire”⁵⁹⁷.

Venuta meno l'elencazione tassativa dei casi di incapacità arbitrale, si deve fare riferimento alla disciplina sostanziale delle limitazioni della capacità di agire.

Secondo una parte della dottrina⁵⁹⁸, non possono essere nominati arbitri gli interdetti e gli inabilitati, ma in astratto potrebbero esserlo i beneficiari di amministrazione di sostegno, ove la loro limitazione o infermità non sia inerente alla fase intellettuale.

Il divieto di diventare arbitri resta per i falliti, in quanto la dichiarazione di fallimento determina delle incapacità personali, ma viene eliminato per chi sia stato interdetto dai pubblici uffici, in quanto l'interdizione è una pena accessoria per alcuni reati⁵⁹⁹ che non determina l'incapacità di agire⁶⁰⁰.

595 PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, I, 2000, p. 308; CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 51.

596 Si veda sent. Corte di Cassazione 8 agosto 1989, n. 3637, in *Arch. Civ.*, 1990, p. 583.

597 La differenza tra vecchio e nuovo testo dell'art. 812 c.p.c. si riviene già nella rubrica: intitolata oggi “Incapacità di essere arbitro”, mentre in passato “Capacità ad essere arbitro”. Il senso del cambiamento è individuato nel proporre in modo esplicito la capacità arbitrale come regola generale, la incapacità come eccezione, con la conseguente applicabilità ad essa del criterio interpretativo dell'art. 14 delle Preleggi. Cfr. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, p. 82.

598 MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2009, p. 397.

599 Precisamente per i reati di cui agli artt. 28, 29 e 31 cod. pen.

600 La nomina dell'arbitro incapace è nulla, non il compromesso, e si considera come *tamquam non esset*, ove la parte avente diritto non provveda alla nomina di un sostituto, la controparte potrà chiedere la nomina giudiziale dell'arbitro mancante. Se la nullità non è rilevata dalle parti, né dagli arbitri il lodo emesso sarà impugnabile ai sensi del n. 3 dell'art. 829 c.p.c. VERDE, *Gli arbitri*, in *Diritto dell'arbitrato*, A.A.V.V. a cura di Verde, Torino,

Gli impiegati dello Stato, nonché i docenti universitari a tempo pieno non possono ricoprire funzioni arbitrali senza la debita autorizzazione. In caso di violazione di tale prescrizione tuttavia potranno essere irrogate sanzioni disciplinari nei confronti degli inadempienti, ma il lodo eventualmente emesso sarà valido ed efficace.

Discusso è se tale ruolo possa essere ricoperto da una persona giuridica.

L'orientamento maggioritario in dottrina ritiene che la funzione di giudicare debba essere necessariamente svolta da una persona fisica. Le funzioni di arbitro sono legate all'*intuitus personae*, che esiste solo in relazione alle persone fisiche. Inoltre, l'attività di giudizio che i giudici privati svolgono presuppone necessariamente una serie di operazioni intellettuali proprie di una persona fisica.

Pertanto, discussi sono gli effetti della nomina di una persona giuridica in qualità di arbitro.

Secondo un orientamento dottrinale tale nomina deve intendersi finalizzata ad individuare *per relationem* il rappresentante legale *pro tempore* della persona giuridica⁶⁰¹.

Altra tesi⁶⁰², al contrario, considera necessario, caso per caso, interpretare la volontà delle parti al fine di individuare la persona dell'arbitro all'interno della struttura organizzativa dell'ente di riferimento.

Parte della dottrina⁶⁰³ considera, invece, possibile la designazione di persone giuridiche in qualità di arbitri, in assenza di un espresso divieto legislativo.

L'esame comparatistico può essere utile per verificare le soluzioni legislative e dottrinali date al problema applicativo.

La legge arbitrale spagnola espressamente stabilisce che possono essere arbitri solo le persone *natural* nel pieno esercizio dei diritti civili. Tale ruolo non può essere rivestito da persone giuridiche.

La designazione di una persona giuridica secondo la dottrina maggioritaria deve intendersi riferita al rappresentante legale della stessa. Diversamente una simile previsione determinerebbe la nullità della convenzione arbitrale,

2000, p. 13.

601 VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, p. 79; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 746.

602 Cass. 30 giugno 1969, n. 2395, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Arbitrato*, p. 63 ss.

603 CUSA, *La società di arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 779 ss.

nonché l'impugnabilità del lodo per violazione di una norma imperativa, ai sensi dell'art. 41, n. 4, LA.

Alle stesse conclusioni interpretative in assenza di una disposizione di legge *ad hoc*, giunge altresì la dottrina tedesca, secondo cui la nomina di una persona giuridica si deve intendere rivolta al rappresentante legale della stessa.

Il nuovo codice di procedura civile francese limita la scelta degli arbitri alle persone fisiche, ma espressamente disciplina le conseguenze dell'eventuale nomina nella convenzione arbitrale di una persona giuridica. Il secondo comma dell'art. 1450 n.c.p.c. prevede che ove venga nominata come arbitro una *personne morale*, quest'ultima provvederà all'organizzazione dell'arbitrato stesso.

Nessuna specifica qualifica o capacità è richiesta dal legislatore inglese per l'assunzione del ruolo di arbitro, che, nel caso di incapacità fisica o mentale del giudice privato, attribuisce alle parti il potere di rimuoverlo.

L'art. 809, primo comma, c.p.c. introduce una delle regole basilari in tema di arbitrato: il numero degli arbitri deve essere dispari. Ciò consente sia la formazione di arbitrati con arbitro unico, che di arbitrati con arbitro collegiale purché dispari. La *ratio* di questo limite all'autonomia negoziale dei privati si rinviene nell'applicazione del principio maggioritario nella deliberazione del lodo. Inoltre, ove le parti abbiano indicato nella convenzione arbitrale un numero pari di arbitri si arriverà ad un numero dispari attraverso la nomina di un terzo componente seguendo gli accordi delle parti o ricorrendo al presidente del tribunale, ai sensi dell'art. 810 c.p.c. Una disciplina molto simile è dettata dal legislatore spagnolo. La legge arbitrale spagnola lascia alle parti un'ampia autonomia negoziale, prevedendo che siano le stesse a determinare il numero degli arbitri che formerà l'organo arbitrale, purché siano dispari e precisando che, in mancanza di un accordo, verrà designato un arbitro unico⁶⁰⁴. Il “*principio de igualdad*” nel diritto spagnolo, come in quello italiano, è lo strumento predisposto dal legislatore per salvaguardare la designazione degli arbitri da

604 In ciò si distingue la legge del 2003 dall'art. 13 della Legge arbitrale del 1998 e dalla legge modello Uncitral, le quali al contrario prevedono, in assenza di un accordo delle parti, la formazione di un collegio arbitrale formato da tre componenti.

possibili abusi ad opera delle parti.

Anche l'ordinamento giuridico francese preclude alle parti la possibilità di formare tribunali arbitrali composti da un numero pari di membri.

La s. 15 Arbitration Act 1996⁶⁰⁵ stabilisce che “*The parties are free to agree on the number of arbitrators to form the tribunal and whether there is to be a chairman or umpire*”⁶⁰⁶. Tale disposizione conferma il ruolo preminente riconosciuto dal legislatore inglese all'autonomia negoziale delle parti. Le parti possono liberamente formare l'organo giudicante, tuttavia, nell'ipotesi in cui prevedano, nella convenzione arbitrale, un numero pari di arbitri, senza ulteriori precisazioni, il giudice statale procederà alla nomina di un ulteriore arbitro in qualità di *chairman*.

Il legislatore tedesco⁶⁰⁷ come quello inglese, rimette alle parti il potere di stabilire il numero dei componenti del tribunale arbitrale. Il collegio arbitrale può essere formato anche da un numero pari di componenti, considerato che il codice di procedura civile non prevede alcun divieto espresso. La scelta di un collegio pari è, tuttavia, sconsigliabile⁶⁰⁸ considerato che il par. 1052, primo comma, ZPO⁶⁰⁹ stabilisce che le decisioni arbitrali vengono assunte seguendo il principio della maggioranza, salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente.

3.1 Obbligo di *disclosure* nel diritto italiano

La riforma del codice di procedura civile entrata in vigore con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ha modificato il regime e la disciplina della ricusazione

605 In particolare, le norme relative alla formazione del tribunale arbitrale sono contenute nelle sections da 15 a 19 dell'Arbitration Act 1996.

606 Ciò è disposto dalla s. 15 dell'Arbitration Act 1996.

607 Il par. 1034 ZPO prevede infatti che:“(1) *Die Parteien können die Anzahl der Schiedsrichter vereinbaren. Fehlt eine solche Vereinbarung, so ist die Zahl der Schiedsrichter drei.*(2) *Gibt die Schiedsvereinbarung einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein Übergewicht, das die andere Partei benachteiligt, so kann diese Partei bei Gericht beantragen, den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der vereinbarten Ernennungsregelung zu bestellen. Der Antrag ist spätestens bis zum Ablauf von zwei Wochen, nachdem der Partei die Zusammensetzung des Schiedsgerichts bekannt geworden ist, zu stellen. § 1032 Abs. 3 gilt entsprechend*”.

608 OSTERTHUN, *Das neue deutsche Recht der Schiedsgerichtsbarkeit*, in *TranspR*, 1998, p. 181 ss.

609 Il primo comma del par. 1052 ZPO prevede che:“(1) *Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so ist in schiedsrichterlichen Verfahren mit mehr als einem Schiedsrichter jede Entscheidung des Schiedsgerichts mit Mehrheit der Stimmen aller Mitglieder zu treffen*”.

arbitrale, ma non ha introdotto espressamente il *duty of disclosure*.

La *disclosure* consiste nell'obbligo dell'arbitro di rivelare alle parti tutti i legami che, incidendo sulla sua indipendenza, possono comprometterne l'imparzialità.

La comunicazione è di solito effettuata in forma scritta e al momento dell'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro. Tale obbligo permane durante l'intero svolgimento dell'arbitrato, pertanto, ove sopraggiungano legami o circostanze rilevanti, l'arbitro è tenuto a comunicarli, senza ritardo, alle parti.

L'obbligo di *disclosure* è previsto dalla gran parte degli ordinamenti giuridici europei e considerato un efficace mezzo preventivo di tutela dell'imparzialità arbitrale, in quanto consente alle parti di venire a conoscenza di eventuali circostanze che possano comprometterla e di scegliere se procedere alla ricusazione ovvero se accettare tali circostanze, considerate irrilevanti.

L'arbitro, infatti, viene designato dalle parti e deve godere della loro fiducia, proprio per tale ragione sarebbe opportuno che il legislatore italiano, piuttosto che individuare specifiche cause di ricusazione, obbligasse l'arbitro a dichiarare i rapporti che lo hanno legato o lo legano alle parti, lasciando alle stesse la possibilità di ricusare quegli arbitri che non riscuotono la loro fiducia⁶¹⁰.

La previsione di tale obbligo, presente durante l'intera procedura arbitrale, inoltre costringerebbe le parti a pronunciarsi immediatamente sulle dichiarazioni rese.

Cosicché l'eventuale disapprovazione della parte alla nomina di un arbitro: da un lato, eviterebbe a quest'ultimo di essere sottoposto inutilmente ad un giudizio di ricusazione, in quanto legittimamente potrebbe rinunciare all'incarico; dall'altro, costringerebbe le parti, fin dall'inizio della procedura, a prendere posizione sulla questione, ricusando l'arbitro o rinunciando a far valere il motivo dichiarato.

Mentre, infatti, per il giudice statale sono previste delle ipotesi di astensione obbligatoria alle quali è collegata una presunzione *iuris et de iure* di dipendenza e forse di parzialità. Tale obbligo per il giudice privato non

610 In tal senso VERDE, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici e arbitri*, in *Giuda al diritto*, 2006, f. 8, p. 81 ss.

esiste. Il rapporto fiduciario che lega le parti agli arbitri fa sì che le stesse pur in presenza di un valido motivo di riconsiderazione possano riconoscere all'arbitro piena fiducia considerandolo in grado di emettere un lodo assolutamente imparziale.

La parte “*was free to appoint any arbitrator desired, however close the relationship to it or to the dispute*⁶¹¹”.

Certamente la previsione legislativa dello strumento pone una serie di problemi applicativi, tra i quali i più rilevanti sono l'individuazione delle situazioni che devono essere oggetto della dichiarazione e le conseguenze della violazione di tale dovere, ma l'utilità dello strumento all'interno dell'arbitrato sembra essere di gran lunga superiore.

L'obbligo di rivelazione, come evidenziato nei precedenti capitoli, è espressamente imposto dal legislatore spagnolo nell'art. 17, comma secondo, L.A., dal par. 1036 dello ZPO, nonché dall'art. 1452, secondo comma, del nuovo codice di procedura civile francese.

Al contrario l'Arbitration Act del 1996 non impone agli arbitri espressamente tale dovere, ma la giurisprudenza ritiene che la dichiarazione dell'arbitro sia in ogni caso dovuta, se pur a vario titolo.

Sebbene gli ordinamenti giuridici presi in esame impongano tutti il dovere di rivelazione agli arbitri diversa è la portata dell'obbligo imposto.

Nell'ordinamento giuridico tedesco e in quello francese l'obbligo di rivelazione comprende tutte le circostanze che possono mettere in dubbio l'imparzialità dell'arbitro, non solo quelle che potrebbero determinarne la riconsiderazione. In questo modo, si prescrive un obbligo di rivelazione completo comprensivo di circostanze molto più numerose rispetto a quelle che possono portare alla sostituzione dell'arbitro, ma non si individuano specificamente quali circostanze devono essere comunicate alle parti.

La previsione è senza dubbio maggiormente garantista degli interessi delle parti ed assicura una maggiore trasparenza, ma lascia ampio spazio alla discrezionalità dell'arbitro sull'oggetto della dichiarazione, determinando così molteplici dubbi applicativi.

611 Come affermato dalla Corte di Appello del distretto di New York nella sentenza *Astoria Medical Group v. Health Insurance Plan of Greater New York*, 227 N.Y. S. 2d 40, N.Y. 1962, anche in *Arb. Journal*, 1962, p. 215 ss; *Rev. Arb.*, 1969, p. 69 ss.

La mancata previsione del *duty of disclosure* nell'ordinamento giuridico italiano potrebbe essere sopperita con il ricorso alle norme sulla buona fede nell'esecuzione del rapporto giuridico da parte degli arbitri, di cui all'art. 1375 c.c., o sul dovere di diligenza particolare nell'esecuzione del contratto di mandato⁶¹², di cui all'art. 1710 c.c. Indizio normativo di un dovere di rivelazione dell'arbitro, avente ad oggetto i motivi di parzialità esistenti prima della nomina, inoltre, è stato talvolta individuato nella rilevanza che il legislatore riconosce ai motivi sopravvenuti di riconsuazione⁶¹³.

È difficile invece colmare la lacuna con riferimento agli effetti derivanti dalla violazione dell'obbligo di rivelazione.

L'inadempimento da parte degli arbitri di tale dovere potrebbe obbligare l'arbitro al risarcimento dei danni subiti dalle parti, ma il lodo eventualmente emesso resterebbe valido ed efficace. Le cause di impugnazione del lodo sono tassativamente previste dall'art. 829 c.p.c. e tra queste non vi è la violazione del *duty of disclosure*⁶¹⁴.

Il lodo potrà essere annullato solo se viziato dal dolo del giudice privato.

Ovviamente ciò non toglie che le parti possano imporre il dovere di rivelazione agli arbitri convenzionalmente nel patto arbitrale ovvero in un atto successivo⁶¹⁵. In tal caso, la violazione dell'obbligo costituirà senza dubbio un inadempimento contrattuale, che esporrà il giudice privato al

612 SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Dir. proc.*, 2004, p. 410 ss.

613 DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale*, in *Riv. Dir. proc.*, 1995, p. 152 ss. L'A. chiarisce che se viene riconosciuta alle parti la possibilità di procedere alla riconsuazione dell'arbitro sulla base di motivi già esistenti, ma sconosciuti, al momento della nomina degli arbitri, allora si può considerare sussistente un diritto a sciogliersi dal contratto di mandato in presenza delle ipotesi previste dall'allora art. 51 c.p.c. ed oggi art. 815 c.p.c. Il contratto di mandato dovrebbe considerarsi in tale ipotesi annullabile per errore essenziale sulle qualità dell'altro contraente, ovvero l'arbitro, ai sensi dell'art. 1429, comma secondo, cod. civ. Da ciò conseguirebbe altresì l'applicazione dell'art. 1338 cod. civ. per cui "la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto". Da questa norma si potrebbe dedurre un obbligo dell'arbitro di dichiarare tutte le circostanze che possono legittimarne la riconsuazione. Forse potrebbe desumersi anche un obbligo attivo di ricercare tutte le eventuali cause di riconsuazione, anche se da lui non conosciute, riconoscendo un vero e proprio dovere dell'arbitro di monitoraggio di quanto accade intorno ad esso. Inquadrato il rapporto tra parti ed arbitri come un contratto di mandato conferito congiuntamente da entrambe le parti al giudice privato, quest'ultimo sarebbe tenuto al risarcimento dei danni subite da entrambe le parti.

Infine l'art. 813 c.p.c. non sarebbe di ostacolo all'applicazione dell'art. 1338 cod. civ. agli arbitri, dato che la prima disposizione si riferisce e disciplina la responsabilità degli arbitri per le attività successive alla conclusione del contratto di arbitro, ma non esclude la configurabilità di una responsabilità precontrattuale.

614 VERDE, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv. Arb.*, 1997, p. 476.

615 MIRABELLI, *Scelta dell'arbitro e rapporto parti arbitri*, in *Giust. Civ.*, 1998, II, p. 330 ss.

risarcimento dei danni subiti dalle parti, nonché all'eventuale risoluzione del contratto se si tratta di un inadempimento grave. Tale violazione potrebbe legittimare altresì l'impugnazione del lodo ai sensi dell'art. 829, n. 7, c.p.c. dato che gli arbitri non avrebbero rispettato nello svolgimento del procedimento arbitrale le forme prescritte dalle parti, ai sensi dell'art. 816 *bis* c.p.c., sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata.

Nella prassi sarebbe utile che le parti predisponessero un questionario specifico⁶¹⁶ da sottoporre all'arbitro, con l'indicazione delle circostanze che soggettivamente ritengono rilevanti e ovviamente con le qualifiche considerate indispensabili per l'assolvimento dell'incarico arbitrale.

Le esperienze degli ordinamenti stranieri dimostrano come il *duty of disclosure* possa essere uno strumento utile per garantire la trasparenza nel rapporto tra parti ed arbitri e, dunque, anche per sostenere il vincolo fiduciario che li lega ma, affinché non si limiti a complicare la posizione degli arbitri e ad aggravare i loro oneri, è necessario che venga disciplinato in modo chiaro.

Sarebbe opportuno delimitare l'ambito di applicazione del *duty of disclosure*, escludendo i collegamenti secondari ed i rapporti irrilevanti, evitando così che lo strumento venga utilizzato dalle parti con mere finalità dilatorie.

Senza giungere alle estreme conseguenze condivise in alcuni precedenti anglosassoni, la violazione del dovere non dovrebbe costituire di per sé un sufficiente motivo di riconsuazione dell'arbitro, ma si dovrebbe guardare alle circostanze concrete e verificare se effettivamente la circostanza taciuta è idonea a mettere in discussione l'imparzialità dell'arbitro.

Il *duty of disclosure* è presente: nel codice deontologico forense, all'art. 55⁶¹⁷, e in quello predisposto dall'Associazione Italiana per l'Arbitrato.

Il primo dispone, per assicurare il rispetto dei doveri di indipendenza e imparzialità, che non può ricoprire il ruolo di arbitro, né di parte, né terzo, l'avvocato, se ha in corso rapporti professionali con una delle parti e se una delle parti del procedimento sia assistita da altro professionista di lui socio o

616 MINOLI, *Relations entre partie et arbitre*, in *Rev. Arb.*, 1970, p. 222 ss.

617 Il codice deontologico forense è stato oggetto di recente modifica ad opera del Consiglio Nazionale Forense con la delibera del 12 giugno 2008, n. 15 a seguito dei rilievi formulati dalla Autorità per la Concorrenza e il Mercato nel corso dell'audizione del 18 aprile 2008.

con lui associato, ovvero che eserciti negli stessi locali.

Il codice prevede, dunque, delle ipotesi di incompatibilità all'assunzione del ruolo di arbitro per l'avvocato se un socio o un associato ovvero un collega che svolga la sua attività negli stessi locali assista una delle parti litiganti.

Si dispongono per l'avvocato, inoltre, due serie di doveri⁶¹⁸.

Un dovere genericamente rivolto a tutti gli avvocati che rivestono il ruolo di giudici privati di comunicare alle parti “ogni circostanza di fatto ed ogni rapporto con i difensori, che possano incidere sulla sua indipendenza, al fine di ottenere il consenso delle parti stesse all'espletamento dell'incarico⁶¹⁹”.

Non si prevede, dunque, un'assoluta preclusione all'accettazione dell'incarico, ma si richiede il consenso delle parti, cioè una manifestazione positiva. Non sarebbe sufficiente una mera informazione dei rapporti pregressi alle parti, lasciando loro la possibilità di proporre la ricusazione, ma è necessario un consenso espresso all'assunzione dell'incarico.

Ed un obbligo di dichiarare in forma scritta alle parti, al momento dell'accettazione dell'incarico, “l'inesistenza di ragioni ostative all'assunzione della veste di arbitro o comunque di relazioni di tipo professionale, commerciale, economico, familiare o personale con una delle parti”.

Laddove vi siano delle ragioni ostative l'avvocato è tenuto a precisare la natura e il tipo di tali relazioni e può accettare l'incarico solo se le parti non si oppongono entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione.

Il dovere di rivelazione è imposto senza alcuna distinzione ad arbitri rituali ed irrituali, di parte e presidenti di collegi arbitrali⁶²⁰.

Questo obbligo di rivelazione imposto agli avvocati che vanno a ricoprire il ruolo di arbitro ha comunque come unica conseguenza nel caso di violazione l'applicazione di una sanzione disciplinare, consistente nella censura. Nessun effetto avrà però tale inadempimento sul lodo efficacemente emesso dall'arbitro.

618 Nell'attuale formulazione il codice deontologico non prevede più un obbligo specifico per l'arbitro nominato presidente del collegio di rendere edotte le parti dell'esistenza di rapporti professionali con una di esse, rinunciando all'incarico ove venga richiesto. Scompare, dunque, quella limitazione soggettiva relativa all'arbitro nominato presidente. Cfr. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, p. 192 - 193.

619 Cfr. DANOVI, *Commentario al codice deontologico forense*, Milano, 2004, p. 781 ss.

620 La Camera di commercio internazionale di Parigi richiede agli arbitri sempre una dichiarazione di indipendenza prima di procedere alla loro nomina, cd. *arbitrator's statement of independence*.

Il codice deontologico dell'A.I.A.⁶²¹ prevede il dovere dell'arbitro di informare gli altri componenti del collegio, le parti o i loro difensori sulle relazioni o sui rapporti economici o professionali, anche pregressi, intrattenuti dallo stesso con una delle parti o con i loro difensori, che potrebbero mettere in dubbio la sua indipendenza e libertà di giudizio.

Manifestate tali circostanze alle parti, l'arbitro può assumere l'incarico solo se le parti vi acconsentono.

Il *duty of disclosure* è previsto, inoltre, nella maggior parte dei regolamenti arbitrali italiani.

La Camera Arbitrale di Milano impone l'osservanza delle norme deontologiche a tutti gli arbitri nelle procedure amministrative dalla stessa.

In particolare, l'art. 7 del codice deontologico e l'art. 18 del regolamento della Camera disciplinano la “dichiarazione di imparzialità e indipendenza” dell'arbitro.

Al momento dell'accettazione dell'incarico, l'arbitro deve inviare alla segreteria della Camera una dichiarazione scritta, precisando periodo e durata delle circostanze e relazioni individuate nello stesso regolamento⁶²².

È importante sottolineare che l'indicazione di relazioni fra l'arbitro e le parti o i difensori o con l'oggetto della controversia non determina una sostituzione automatica, ma costituisce un aspetto su cui il Consiglio si deve pronunciare.

Qualunque dubbio in merito alla opportunità di dichiarare o meno un fatto, una circostanza o un rapporto deve essere risolto a favore della dichiarazione. Si condivide il principio per cui *in dubio pro disclosure*, ampliando di fatto l'oggetto del dovere di rivelazione a tutte le circostanze e le relazioni anche secondarie o irrilevanti.

Il *duty of disclosure* è predisposto anche dal regolamento della Camera arbitrale di Roma all'art. 6⁶²³, nonché dall'art. 16 della Camera arbitrale di

621 Il testo del codice è pubblicato in *Riv. Arb.* 1999, p. 841 ss.

622 L'art. 18 del regolamento della Camera arbitrale di Milano stabilisce al secondo comma: “Nella dichiarazione di indipendenza l'arbitro deve indicare, precisandone periodo e durata: a. qualunque relazione con le parti, i loro difensori od ogni altro soggetto coinvolto nell'arbitrato, rilevante in rapporto alla sua imparzialità e indipendenza; b. qualunque interesse personale o economico, diretto o indiretto, relativo all'oggetto della controversia; c. qualunque pregiudizio o riserva nei confronti della materia del contendere”.

623 L'art. 6 del regolamento della Camera arbitrale di Roma prevede che: “1. Tutti gli arbitri devono essere imparziali ed indipendenti rispetto alle parti. 2. L'arbitro, ricevuta dalla Camera Arbitrale la comunicazione della propria nomina, deve trasmettere alla stessa la propria accettazione entro dieci giorni. 3. In una con l'accettazione, l'arbitro deve

Venezia⁶²⁴, da quello della Camera bolognese⁶²⁵ e di Parma⁶²⁶.

L'introduzione di un dovere arbitrale di dichiarare tutte le circostanze che possano esporre il giudice privato alla riconsiliazione sembra opportuna nell'ordinamento giuridico italiano.

Infatti, l'esistenza di un simile dovere come espressione dei doveri contrattuali derivati dal rapporto tra parti ed arbitri o la stessa previsione nei codici deontologici, non sono garanzie sufficienti nell'arbitrato. In entrambe le ipotesi l'eventuale violazione del dovere non avrebbe alcun effetto sul lodo che dovrebbe considerarsi validamente pronunciato. Al contrario la previsione di un dovere di rivelazione espresso determinerebbe da un lato la possibilità di riconsiliare l'arbitro nei termini di legge, dall'altro legittimerebbe un'impugnazione per nullità del lodo.

In assenza di tale previsione normativa si potrebbe impugnare il lodo solo immaginando che la violazione del dovere di *disclosure* determini una

segnalare attraverso dichiarazione scritta: • qualunque relazione con le parti o i loro difensori che possa incidere sulla sua indipendenza ed imparzialità; • qualunque interesse personale o economico, diretto o indiretto, relativo all'oggetto della controversia. Tale dichiarazione, qualora si renda necessario per fatti sopravvenuti, dovrà essere ripetuta, nel corso della procedura arbitrale, fino al deposito del lodo. 4. La Segreteria comunica alle parti l'accettazione e la dichiarazione di cui al 3° comma. 5. In caso di mancata accettazione degli arbitri si provvede alla nuova nomina ai sensi dell'art. 5”.

624 L'art. 16 del regolamento della Camera arbitrale di Venezia stabilisce che:” 2. Il Codice Deontologico si applica anche al consulente tecnico nominato nei procedimenti arbitrali amministrati dalla Camera Arbitrale. 3. L'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro deve pervenire alla Segreteria della Camera Arbitrale in forma scritta, entro 10 giorni dal ricevimento della comunicazione di nomina. In difetto, la nomina si intende non accettata. 4. Con l'accettazione, l'arbitro deve dichiarare la propria mancanza di relazioni o interessi con le parti, i loro difensori o rappresentanti o con l'oggetto della controversia, che possano ragionevolmente incidere sulla fiducia delle parti nella sua indipendenza ed imparzialità. 5. In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, l'arbitro deve richiedere al Consiglio Arbitrale l'autorizzazione ad astenersi”.

625 In particolare l'art. 7 del regolamento della Camera arbitrale di Bologna, in vigore dal primo settembre 2008, stabilisce che:” 1. La Segreteria comunica agli arbitri la loro nomina mediante raccomandata A/R. 2. Ogni arbitro nominato dalle parti o dagli arbitri o dal Comitato Tecnico della Camera Arbitrale ha 10 giorni di tempo dal ricevimento della comunicazione di nomina per confermare la propria accettazione dell'incarico e per produrre una dichiarazione d'indipendenza, nella quale debbono essere indicati i fatti o le circostanze di natura tale da porre in questione, agli occhi delle parti, la propria indipendenza ed imparzialità. 3. Nel caso in cui trascorsi i 10 giorni l'arbitro non abbia risposto o abbia risposto negativamente, provvederà il Comitato Tecnico a nominare il nuovo arbitro, che dovrà ottemperare ai medesimi adempimenti del presente articolo”.

626 L'art. 16 del regolamento della Camera arbitrale di Parma introduce l'obbligo degli arbitri all'accettazione della nomina di trasmettere una dichiarazione di indipendenza ed il successivo art. 17 ne stabilisce il contenuto, precisando che:” 1. Con la dichiarazione di accettazione gli arbitri devono trasmettere la dichiarazione di indipendenza. 2. Nella dichiarazione di indipendenza l'arbitro deve indicare, precisandone periodo e durata :a. qualunque relazione con le parti o con i loro difensori rilevante in relazione alla sua imparzialità e indipendenza; b. qualunque interesse personale o economico, diretto o indiretto, relativo all'oggetto della controversia; c. qualunque pregiudizio o riserva nei confronti della materia del contendere”.

violazione dell'ordine pubblico⁶²⁷.

3.2 Colloqui preliminari tra parti e arbitri

Molto rilevante è diventata negli ultimi anni la individuazione del momento a partire dal quale gli arbitri sono tenuti a rispettare il dovere di imparzialità. Tradizionalmente si fa coincidere tale momento con l'accettazione della nomina, solo con questa, infatti, il soggetto assume il ruolo di arbitro ed i relativi doveri.

Tuttavia, è possibile che anche prima dell'assunzione dell'incarico si verifichino circostanze in grado di mettere in dubbio l'imparzialità del giudice privato e che possano ripercuotersi sulla corretta conduzione della procedura arbitrale e sulla pronuncia del lodo.

Proprio tale timore ha indotto una parte della dottrina ad estendere l'obbligo di imparzialità anche ai primi contatti tra le parti e i potenziali arbitri.

L'obbligazione di imparzialità precederebbe sempre l'inizio della funzione arbitrale, poiché *toute entorse à l'indépendance, meme antérieure à l'acceptation des fonctions, est définitive et aura des effets indélébiles lors de l'instance*⁶²⁸.

La prassi si è diffusa negli Stati Uniti, negli anni novanta, per poi essere recepita anche in Europa, ove ha suscitato un'iniziale disapprovazione nella dottrina.

La posizione del professionista in tali colloqui è, infatti, molto delicata. Per un verso il potenziale arbitro è interessato a conoscere le parti, nonché l'oggetto della lite per valutare in modo realistico l'opportunità di accettare l'incarico. Il candidato, inoltre, potrà conoscere l'importo dell'onorario e il tempo necessario per la risoluzione della lite.

Per altro verso, da tali incontri è indubitabile che le parti cercheranno di intuire l'orientamento, la posizione del professionista riguardo l'oggetto

627 Su tale qualificazione si veda DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale*, in *Riv. Dir. proc.*, 1995, p. 144 ss., l'A. chiarisce che se osservati dal punto di vista della singola lite, il giudice privato e quello statale svolgono la stessa funzione: entrambi procedono alla decisione di una lite insorta tra le parti. Per ambedue gli organi giudicanti, l'imparzialità è un principio costituzionalmente tutelato. Tuttavia, la matrice volontaristica del potere di *ius dicere* arbitrale porta alla conclusione che l'istituto della riconsiliazione nel processo arbitrale ha una portata più ampia rispetto a quella ad esso riservata nell'ambito del processo civile ordinario.

628 CLAY, op. cit., p. 306

della controversia, per verificare l'appoggio di quest'ultimo all'interno del collegio arbitrale.

Negare la possibilità di simili colloqui e ritenere che il loro verificarsi determini di per se un dubbio di parzialità del giudice privato è irrealistico e anacronistico. Le parti designano come arbitri persone di cui conoscono competenze e qualifiche e nei confronti delle quali nutrono fiducia e rispetto. Un colloquio o un incontro preliminare tra i candidati arbitri e la parte interessata è dunque fisiologico, ma può facilmente trasformarsi in patologico.

Nella prassi si assiste, infatti, ad una crescente diffusione dei colloqui preliminari, di contatti e incontri conoscitivi tra parti e potenziali arbitri.

La dottrina e la giurisprudenza americane⁶²⁹ considerano legittimi gli incontri solo in presenza di tre limiti: un limite temporale, per cui i colloqui non devono eccedere i trenta minuti; un limite personale, per cui possono parteciparvi solo la parte ed il suo difensore; ed uno oggettivo, poiché l'*interview* deve vertere solo su specifiche questioni predeterminate.

All'introduzione di tali limiti formali si contrappone, invece, il divieto, condiviso da autorevole dottrina, degli arbitri di disquisire in merito alla controversia e di esprimere opinioni in merito.

In questo modo dovrebbe limitarsi il pericolo di parzialità insito in tali cd. *interviews*.

Pertanto potrebbero formare oggetto di tali interviste⁶³⁰: l'identità delle parti, degli avvocati e dei testimoni, in modo da poter escludere ancor prima dell'assunzione dell'incarico eventuali conflitti di interessi o incompatibilità; la disponibilità del candidato ad assumere l'ufficio, potendo così fare una valutazione prognostica del tempo necessario per risolvere la controversia ed eventualmente formare un calendario delle udienze; l'oggetto della controversia, in modo superficiale, per verificare la competenza del

629 AKSEN, *The constitution of arbitral tribunals. Proper bounds for communications between counsel and party arbitrators*, 14° Colloquio CCI – CIRDI – AAA, Washington, 21 novembre 1997.

630 In tal senso CARRARA, *Regole di condotta per i colloqui di selezione degli arbitri*, in *Riv. Arb.*, 2008, p. 425 ss.; BISHOP – REED, *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party – Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, 14 *Arb. Int'l*, 395, 1998, p. 27.

candidato alla sua risoluzione; la valutazione delle qualifiche professionali e personali dell'arbitro, nell'ipotesi in cui le stesse siano state richieste dalle parti nella convenzione arbitrale, nonché le capacità gestionali e organizzative del candidato, il suo *curriculum vitae* ed in generale il suo profilo professionale per verificarne la compatibilità con l'oggetto della lite. Il confine però tra le ragionevoli richieste di informazione ai candidati, per comprenderne attitudini e qualifiche, ed una concreta preparazione all'oggetto della lite che influenzi il libero *ius decidendi* dello stesso è molto labile.

Superare i limiti indicati permetterebbe alle parti di conoscere preventivamente la posizione del candidato riguardo l'oggetto della lite e, dunque, di effettuare una scelta diretta ad ottenere all'interno del collegio un arbitro favorevole alle proprie argomentazione.

Bisogna però considerare che questo rischio è reale e insito nello stesso potere delle parti di nominare gli arbitri. Basta pensare alla nomina di arbitri professionisti che abbiano in precedenza deciso controversie aventi lo stesso o un simile oggetto, o alle controversie seriali, in cui la posizione dell'arbitro è già manifesta.

L'arbitro certamente non dovrebbe discutere sull'oggetto della lite, *no questioning on the merits rule*⁶³¹, o meglio la conversazione potrebbe vertere sulla questione giuridica sottesa all'oggetto della lite, ma non anche sulla lite stessa. Probabilmente sarebbe opportuno che gli incontri si svolgessero tra candidato ed avvocato difensore della parte interessata, senza coinvolgere quest'ultima e che l'esposizione dell'oggetto della lite fosse sommaria, escludendo la presentazione e la consegna all'arbitro della documentazione relativa.

Si comprende dunque la difficoltà non solo di assicurare il rispetto di tali limiti ma anche il relativo controllo. Per la controparte sarà molto difficile provare l'esistenza di tali interviste e ancora di più il superamento di limiti tali da mettere in dubbio l'imparzialità del giudice privato.

Tale obbligo sembra piuttosto confinato ed affidato al corredo etico del candidato.

Ne consegue che è molto difficile individuare delle norme precise che

631 EL – YOUSSEF, *The Independence of International Arbitrators: An Arbitrator's Perspective*, in *Independence of Arbitrators*, ICC Bulletin 2007 Special Supplement, p. 50.

stabiliscano i limiti del lecito e dell'opportuno, anche considerato che nella maggior parte dei regolamenti delle istituzioni arbitrali manca una disciplina in materia di colloqui e interviste preliminari tra parti e candidati arbitri.

Tuttavia, una disciplina è contenuta nel regolamento Arbitrale Internazionale dell'*American Arbitration Association*, che nell'art. 7, comma secondo, stabilisce che sono ammissibili le comunicazioni di parte agli arbitri (o potenziali tali) dirette ad informare questi, in via generale, sul tipo di controversia per valutarne le caratteristiche, la disponibilità e l'indipendenza del candidato, escludendo qualsiasi comunicazione di altro genere. In ogni caso non sono consentite comunicazioni unilaterali tra una parte ed il candidato presidente del collegio.

Il regolamento impone obblighi e limiti diversi ad arbitri di parte e presidenti del collegio arbitrale. Questi ultimi non potranno avere incontri unilaterali con una delle parti, in quanto la presenza congiunta di tutti i litiganti viene considerata come garanzia di equidistanza. Al contrario, ai potenziali arbitri di parte è consentita un'*interview* unilaterale con la parte interessata, purché non si discuta della lite in oggetto.

In questo modo, si condivide quell'orientamento dottrinale che richiede una diversa intensità di imparzialità ad arbitri di parte e arbitri terzi e si riconosce la legittimità della prassi degli arbitri di parte. Il diverso trattamento, inoltre, nel caso in cui ad essere intervistato sia il presidente del collegio o un candidato arbitro di parte è confermato nella maggior parte dei regolamenti nonché nella prassi.

La designazione del presidente del collegio arbitrale nella prassi viene effettuata dagli arbitri nominati dalle parti, tuttavia per lo più si consente agli arbitri di parte di consultarsi con gli avvocati delle stesse per verificare il gradimento del potenziale presidente del collegio.

Le *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* consentono espressamente all'arbitro nominato dalla parte di consultare quest'ultima in relazione alla proposta di nomina del terzo arbitro.

Si raccomanda di svolgere adeguate indagini al fine di determinare se il candidato possa disporre del tempo e dell'attenzione necessaria per la risoluzione della controversia; se sia competente e se vi siano motivi per dubitare della sua imparzialità o indipendenza.

Nel caso in cui l'incontro riguardi la nomina dell'arbitro unico o presidente

del collegio, le *Rules* stabiliscono solo la necessità che le altre parti siano debitamente informate dell'incontro e ne abbiano accettate le modalità, ma non anche che vi prendano parte.

Anche il regolamento internazionale dell'*American Arbitration Association* non esclude la possibilità di tali consultazioni.

L'*AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* non contiene una previsione generale sul tema, ma stabilisce, nel Canon VII, che gli arbitri nominati da una parte possono consultare la stessa sull'adeguatezza del candidato da nominare come terzo arbitro.

Le ragioni della diffusione di tale prassi in ambito internazionale sono diverse. *In primis* le parti rispetto agli arbitri dalle stesse nominate conoscono meglio l'oggetto delle lite, le qualifiche personali e professionali che l'arbitro deve avere per risolverla e, dunque, meglio possono valutare l'opportunità di nominare come presidente un dato soggetto. *In secundis* il rapporto fiduciario che caratterizza lo strumento arbitrale non può essere limitato ai soli rapporti tra parte e proprio arbitro, ma deve estendersi all'intero collegio arbitrale o almeno al suo presidente. La nomina di un presidente non gradito dalla parte potrebbe determinare tensioni o la sfiducia verso l'organo giudicante.

Per quanto riguarda le modalità di conduzione dei colloqui di selezione nella prassi si ritiene necessaria la partecipazione di tutte le parti se vertono sulla nomina del presidente del collegio arbitrale.

Infine la *CI Arb Practice Guideline* redatta nel 2007 dal *Chartered Institute of Arbitrators* disciplina in modo dettaglio tale prassi.

Non possono formare oggetto della *interview* le specifiche circostanze o fatti che hanno dato origine alla controversia, né le posizioni e le linee difensive delle parti, né il merito della controversia. La guida indica anche le modalità con cui dovrebbero svolgersi tali incontri, per cui è preferibile che si svolgano in sedi lavorative e non in ambienti eccessivamente informali.

Il rischio maggiore di tali colloqui di preselezione dell'arbitro è che determinino un dubbio sull'imparzialità dello stesso.

L'effettivo svolgimento del colloquio è rimesso all'etica e alla deontologia professionale del singolo che dovrà attenersi a dare e ricevere informazioni

sulla lite utili solo alla decisione di accettare l'incarico, ma non anche a formarsi un'idea sul *quomodo* della sua risoluzione.

Probabilmente negli ordinamenti giuridici in cui è imposto all'arbitro il dovere di *disclosure* di tali incontri il giudice privato dovrà informare tutte le parti precisandone le modalità, la durata nonché l'oggetto delle conversazioni. L'art. 1456, secondo comma, n.c.p.c. dispone l'obbligo del giudice privato prima dell'accettazione dell'incarico di dichiarare tutte le circostanze che possono “*affecter son indépendance ou son impartialité*”.

Anche la *Model Law on International Commercial Arbitration* elaborata dalla *United Nations Commission on International Trade (UNCITRAL)* e adottata come raccomandazione dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 21 giugno 1985, nell'art. 11 sembra disciplinare almeno indirettamente questa fase preliminare alla formazione dei collegi arbitrali. Infatti detta disposizione prevede che già “*When a person is approached in connection with his or her possible appointment as an arbitrator*⁶³²” deve dichiarare alle parti tutte le circostanze che possono determinare dubbi sulla propria imparzialità o indipendenza. Disposizione simile è stata elaborata dal legislatore tedesco nel par. 1036 ZPO e da quello spagnolo nell'art. 17, secondo comma, LA. Tali formulazioni generiche si prestano ad interpretazioni tali da dilatare il *duty of disclosure* comprendendovi anche gli eventuali incontri tra parti e arbitri precedenti all'assunzione dell'incarico.

Tuttavia, le *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* vanno in senso contrario. I colloqui di selezione tra parti e potenziali arbitri sono, infatti, inseriti nella *green list* ovvero tra quelle circostanze che non devono essere necessariamente comunicate alle parti.

Nella *green list* sono elencate tutte quelle circostanze che oggettivamente non compromettono l'indipendenza dell'arbitro. Tuttavia, attraverso un'analisi di carattere soggettivo, ovvero dal punto di vista delle parti è possibile che l'esistenza delle stesse determini dubbi sull'equidistanza dell'arbitro.

⁶³²L'espressione è tradotta in lingua francese come segue: “*Lorsqu'une personne est pressentie pour être nommée en qualité d'arbitre*”; in lingua spagnola: “*Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro*”.

4.1 Ricusazione e astensione del giudice privato

La ricusazione è considerata in Italia, diversamente da quanto sostenuto dalla dottrina francese, uno strumento preventivo di tutela dell'imparzialità arbitrale. Attraverso questo procedimento si ottiene la sostituzione dell'arbitro ritenuto parziale con uno privo di alcuna prevenzione rispetto alla causa in questione.

L'elenco di motivi di ricusazione arbitrale previsto nell'art. 815 c.p.c. individua una serie di situazioni o legami in presenza dei quali vi è il rischio della parzialità del giudice privato. Si tratta di una mera presunzione *iuris tantum* di prevenzione del giudice privato nei confronti di una delle parti. Cosicché si attribuisce a queste ultime il potere di ricusare l'arbitro se ritengono dubbia la sua imparzialità ovvero accordare fiducia al giudice privato ritenendolo imparziale nonostante la presunzione legale.

Ben diverso il regime dettato dal legislatore per i giudici statali, per i quali vige una presunzione assoluta di parzialità al verificarsi delle circostanze elencate nell'art. 51 c.p.c. in presenza delle quali lo stesso è tenuto ad astenersi dal giudicare la controversia in questione.

L'assenza di un obbligo di astensione per i giudici privati crea tuttavia alcuni problemi applicativi.

Infatti, ove sussistano delle circostanze sospette prima dell'accettazione dell'incarico e, dunque, dell'inizio della procedura arbitrale, il giudice privato potrà rifiutare l'incarico non ritenendosi in grado di decidere in modo imparziale la controversia stessa.

Più problematica la soluzione ove le circostanze dubbie sopravvengono all'accettazione dell'incarico.

Da un lato, l'arbitro non è tenuto ad astenersi, dall'altro, egli è obbligato a portare a termine l'incarico accettato e può rinunciarvi solo in presenza di un giustificato motivo di rinuncia, ai sensi dell'art. 813 *ter*⁶³³ c.p.c.

La giurisprudenza⁶³⁴ ha risolto il dubbio considerando le ipotesi di ricusazione di cui all'art. 815 c.p.c. come ragioni di fatto oggettive ed

633 L'arbitro che rinuncia all'incarico senza giustificato motivo risponde dei danni cagionati alle parti e la reattiva azione può essere proposta in pendenza del giudizio arbitrale.

634 PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, p. 348

estranee alla volontà e sensibilità personale dell'arbitro che giustificano la sua rinuncia all'incarico.

Secondo parte della dottrina⁶³⁵ la questione deve essere inquadrata sotto il profilo del contratto che lega l'arbitro alle parti con il relativo dovere di buona fede. L'arbitro per il quale sorgono ragioni di incompatibilità successivamente all'accettazione dell'incarico o che viene a conoscenza di ragioni di incompatibilità preesistenti, non può solo per tale ragione rinunciare all'incarico, senza esporsi a responsabilità *ex art. 813 ter c.p.c.* Le parti, infatti, potrebbero, nella loro autonomia, ritenere quelle cause sopravvenute o scoperte irrilevanti e confermare la fiducia nell'arbitro. Sarebbe, pertanto, contrario a buona fede sia il comportamento dell'arbitro che, accettata la nomina e venuto a conoscenza di una causa di riconsuazione, non ne informi le parti in modo da provocare una conferma o la riconsuazione, sia il comportamento dell'arbitro che decida autonomamente di rinunciare all'incarico senza previamente sottoporre alle parti la situazione sopravvenuta. Pertanto, il dovere di buona fede che lega l'arbitro alle parti gli impedisce di rinunciare all'incarico senza averle preventivamente informate sulle ragioni della stessa. È necessario che l'arbitro dichiari alle parti le circostanze sopravvenute o la cui conoscenza è sopravvenuta. Da questa dichiarazione inizierà a decorrere il termine perentorio di dieci giorni previsto dall'art. 815, comma terzo, c.p.c. per la proposizione dell'istanza di riconsuazione.

Questa soluzione sembra preferibile, in quanto mantiene inalterato il potere delle parti di scegliere se l'esistenza di circostanze dubbie sia rilevante e se procedere alla sostituzione dell'arbitro o meno.

In questo modo, rimane inalterato il meccanismo dettato dal legislatore italiano nell'art. 815 c.p.c. e si assicura il pieno potere delle parti nella scelta dell'organo giudicante.

Si deve notare che lo strumento dell'astensione non è previsto per i giudici privati da nessuno degli ordinamenti giuridici esaminati. Solo l'art. 17 della legge arbitrale spagnola è rubricato “*Motivos de abstención y recusación*”.

635 FAZZALARI, *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Arb.* 1998, p. 12; RUFFINI – POLINARI, *sub art. 815 c.p.c.*, in AA.VV. *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di Benedettelli – Consolo – Radicati Di Brozolo, Padova, 2010, p. 159 ss.

Ciononostante la dottrina maggioritaria non considera esistente un obbligo degli arbitri di astenersi in presenza di circostanze che possano dar luogo alla loro ricusazione.

D'altra parte l'istituto dell'astensione giudiziale trova la sua *ratio* nel principio del giudice naturale precostituito per legge di cui all'art. 25 Cost., che impone al giudice di decidere le controversie che gli vengono attribuite in base alla norme sulla competenza.

Un simile dovere non sussiste per gli arbitri. Questi ultimi potranno in presenza di circostanze dubbie decidere di non accettare l'incarico arbitrale.

Per le circostanze sopravvenute, sarà opportuno lasciare alle parti nell'ambito della propria autonomia negoziale scegliere se ricusare l'arbitro o meno, prevedendo non un obbligo di astensione arbitri ma di *disclosure*. Obbligo espressamente imposto agli arbitri spagnoli dallo stesso art. 17 LA.

4.2 La ricusazione

Dall'analisi comparatistica risulta che, sebbene l'imparzialità arbitrale venga tutelata in tutti gli ordinamenti giuridici esaminati con il ricorso alla ricusazione, diverse sono le situazioni che legittimano l'esperimento di tale strumento.

Si possono distinguere due modelli: gli ordinamenti giuridici che prevedono casi tipici di ricusazione arbitrale e gli ordinamenti che prevedono una formula generale in virtù della quale i giudici privati possono essere ricusati in presenza di giustificati dubbi sulla loro imparzialità.

L'Italia resta l'unico ordinamento giuridico a disciplinare la ricusazione con un'elencazione tassativa di motivi.

La Spagna, la Germania e l'Inghilterra seguono il secondo modello e tutelano l'imparzialità arbitrale prevedendo l'istituto della ricusazione, ma si limitano ad attribuire alle parti la facoltà di proporre la relativa istanza in presenza di circostanze che possano far sorgere dubbi sullo stato del giudice privato. Non vi è l'individuazione delle singole circostanze che possono legittimare la relativa istanza, né in modo esaustivo, né esemplificativo.

L'ordinamento francese non prevede una norma *ad hoc* per la ricusazione, ma impone agli arbitri l'obbligo di dichiarare tutte le circostanze che possono influenzare il suo giudizio e collega strettamente la violazione di

tale obbligo al potere delle parti di ricusarlo, sostituendolo con altro giudice imparziale. Questa assenza trova la sua *ratio* nel riconoscimento della piena autonomia alle parti di scegliere come arbitro la persona che ritengono più adatta e di ritenere quali circostanze o i legami con la controversia siano inaccettabili per lo svolgimento dell'incarico di *ius dicere*.

Il legislatore italiano del 2006 ha ritenuto opportuno migliorare e precisare, ma non modificare il sistema chiuso delle cause di ricusazione. Le circostanze in presenza delle quali si presume che l'arbitro sia parziale sono predeterminate ed elencate nell'art. 815 c.p.c. Tale lista è considerata tassativa⁶³⁶, non si ammette il ricorso all'analogia, ma solo è possibile fornirne un'interpretazione estensiva. L'individuazione di circostanze specifiche, oggettive e facilmente dimostrabili garantisce una maggiore certezza nel concreto funzionamento della ricusazione, non lascia spazio alla discrezionalità dell'organo giudicante ed evita dubbi o divergenze sulla ricusabilità dell'arbitro⁶³⁷.

Tuttavia, un elenco per quanto possa essere dettagliato e ben formulato non può essere esaustivo. Molte circostanze che possono influenzare il giudizio dell'arbitro non sono previste, né possono essere inquadrare in alcuno dei motivi di cui all'art. 815 c.p.c.

La legge arbitrale spagnola del 2003⁶³⁸ ha abbandonato il sistema delle cause tassative di ricusazione ed ha optato per un sistema di cause aperte, prevedendo una clausola generale che consente la ricusazione dell'arbitro tutte le volte in cui vi siano circostanze che possano far dubitare della sua imparzialità.

Inoltre, a differenza della legge 36/1988, il nuovo testo ha eliminato il rinvio alle cause di ricusazione dettate per i giudici statali. La ragione di tali

636 CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in *Riv. Arb.*, 2005, p. 728; NELA, *Commento all'art. 815 c.p.c.*, in A.A.V.V., *Le recenti riforme del processo civile*, Commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, p. 1709. La tassatività delle cause di ricusazione è sostenuta dalla dottrina maggioritaria anche in relazione all'art. 51 c.p.c. per i giudici statali, si veda ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1957, p. 177; SATTA, *Astensione*, p. 947; SEGRÈ, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, in Commentario al c.p.c. diretto da Allorio, I, Torino, 1993, p. 626; LA CHINA, *Giudice (astensione e ricusazione)*, in *Digesto disc. Priv.*, Sez. civ. IX, Torino, 1993, p. 26 ss.. *Contra*: ALLORIO, *In tema di ricusazione del giudice e di qualificazione degli estremi a ciò richiesti*, in *Giur. It.*, 1950, I, 2, p. 513; CAVALLONE, *Conscientia deposita aedificat ad Gehennan, ovvero un lodevole provvedimento di astensione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1985, p. 880.

637 Cfr. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, op. cit., p. 293.

638 La legge arbitrale spagnola del 2003 riprende quanto stabilito nella legge modello UNCITRAL.

modifiche, come si desume dalla *Exposición de Motivos de la Ley*, si rinviene nell'inadeguatezza delle ipotesi previste per i giudici statali a disciplinare il fenomeno dell'arbitrato, derivante dalla diversità ontologica tra giudice privato e istituzionale e nell'incapacità delle elencazioni tassative di comprendere tutte le ipotesi idonee a rendere l'arbitro parziale.

Al contrario il legislatore italiano è intervenuto sulla materia nel 2006, ma si è mostrato in totale controtendenza rispetto agli altri ordinamenti giuridici confermando il sistema chiuso delle cause di ricusazione, non introducendo una clausola generale o una valvola di sfogo del sistema, ma piuttosto eliminandola (considerato che in passato si riteneva ricusabile l'arbitro anche per gravi ragioni di convenienza⁶³⁹), né stabilendo il *duty of disclosure* ormai coralmemente previsto dai legislatori stranieri.

La disciplina italiana della ricusazione presenta il vantaggio di assicurare una maggiore certezza nella concreta applicazione dello strumento, ma allo stesso tempo non è idonea a includere tutte le possibili fattispecie che mettono in dubbio la imparzialità arbitrale.

Sarebbe stato preferibile prevedere una norma di chiusura che avrebbe evitato una serie di situazioni inopportune in quanto almeno potenzialmente lesive del requisito di imparzialità dell'arbitro e che devono costituire, invece, validi motivi di ricusazione⁶³⁹.

L'esame delle tendenze e delle soluzioni presenti negli altri ordinamenti esaminati mostra come la riduzione del tema dell'imparzialità dell'arbitro alla mera disciplina contenuta nell'art. 815 c.p.c. costituisce una soluzione non soddisfacente. L'analisi comparatistica mostra come l'imparzialità sarebbe senza dubbio meglio assicurata attraverso il ricorso a standards generali e flessibili come quello anglosassone dei "*justifiable doubts as to his impartiality*" piuttosto che attraverso la previsione di ipotesi tassative di ricusazione⁶⁴⁰.

4.3 Criteri per la valutazione delle circostanze che legittimano la ricusazione arbitrale

639 In tal senso RUBINO – SAMMARTANO, *Diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, p. 504.

640 In tal senso già nel 1997, TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. Arb.*, 1997, p. 481 ss. La soluzione di prevedere una clausola astratta e generale di ricusazione è tra l'altro la più diffusa ed è recepita anche dall'art. 12 della Legge Modello UNCITRAL.

Le circostanze che rendono il giudice privato ricusabile possono essere valutate attraverso due metodi: il metodo soggettivo e quello oggettivo.

L'approccio soggettivo determina la ricusabilità dell'arbitro in presenza di un mero sospetto di parzialità della parte che propone l'istanza; quello oggettivo al contrario richiede necessariamente la sussistenza di dubbi legittimi sull'imparzialità del giudicante.

Ove le ipotesi di ricusazione sono elencate in modo esplicito e tassativo, ovviamente non sarà sufficiente un sospetto di parzialità, ma necessarie risultanze probatorie dalle quali si evinca la sussistenza di una delle ipotesi legalmente predeterminate.

Al contrario negli ordinamenti giuridici in cui le ipotesi di ricusazione non sono tassativamente enumerate assume rilievo l'individuazione di un metodo per la loro rilevazione.

Gli ordinamenti giuridici inglese, tedesco e spagnolo ricorrono al metodo oggettivo per la valutazione delle cause di ricusazione arbitrale.

L'Arbitration Act del 1996 considera, infatti, ricusabile il giudice privato in presenza di *justifiable doubts* sulla sua imparzialità e la giurisprudenza dopo un lungo *iter* sembra ricorrere al metodo oggettivo. Nello stesso senso sono orientati il legislatore tedesco, nel par. 1036, comma secondo, ZPO e quello spagnolo, nell'art. 17 LA. In questi ordinamenti la ricusazione dell'arbitro potrà essere accolta solo laddove agli occhi di un osservatore equo ed informato sussistano circostanze tali da far temere che vi sia un pericolo reale di parzialità del giudice privato. Non rileva, dunque, la prospettiva personale e soggettiva delle parti in causa, ma quella del ragionevole uomo medio.

La giurisprudenza francese segue, invece, un approccio mediano tra quello oggettivo e quello soggettivo, si parla a proposito di *objective tempérée*. Al fine di ricusare il giudice privato si richiede, infatti, un rischio certo di prevenzione, ma il rischio in questione viene ricondotto alla visione delle parti⁶⁴¹.

Il criterio soggettivo presenta notevoli rischi in quanto la sua applicazione potrebbe determinare la ricusazione di arbitri sulla base della mera

641 Corte di appello di Parigi, 28 ottobre 1999, in *Rev. Arb.*, 2000, p. 298; Corte di appello di Parigi, 9 aprile 1992, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 483.

affermazione della parzialità dell'arbitro ad opera della parte istante, non supportata da alcun mezzo probatorio. Proprio tali rischi ne hanno sostanzialmente impedito un largo impiego⁶⁴².

4.4 La scelta del legislatore italiano

La predeterminazione di un elenco di circostanze tassative di ricusazione del giudice privato determina una serie di ipotesi dubbie, al cui verificarsi è discusso se l'arbitro possa o meno essere ricusato. Prima di esaminare tali fattispecie è opportuno un, se pur breve, esame delle cause di ricusazione previste dall'art. 815 c.p.c.

Il capo II del titolo VIII del libro IV è rubricato “Degli arbitri” ed è stato riformato ad opera dell'art. 26 d.lgs. 22 febbraio 2006, n. 40.

L'art. 815 c.p.c. disciplina la ricusazione degli arbitri e si divide in due parti, la prima contiene i motivi di ricusazione, la seconda ne disciplina il procedimento.

Prima della riforma del 2006 i motivi di ricusazione non erano disciplinati in modo espresso, ma con un rinvio ai casi previsti dall'art. 51 c.p.c. per i giudici statali⁶⁴³. Il testo legislativo vigente elenca in modo espresso le cause di ricusazione, che corrispondono, però, in gran parte a quelle previste dall'art. 51 c.p.c., se pur opportunamente integrate e modificate.

Il rinvio alle ipotesi di ricusazione dei giudici statali aveva sollevato dubbi sulla ricusabilità degli arbitri anche per “gravi ragioni di convenienza”, di cui al secondo comma dell'art. 51 c.p.c.⁶⁴⁴. L'attuale formulazione della

642 Il metodo soggettivo è applicato dalla giurisprudenza in Giordania ove l'arbitro può essere ricusato in presenza di circostanze che determinano seri dubbi circa la sua neutralità e indipendenza. Cfr. EL – AHDAB, *La nouvelle loi jordanienne sur l'arbitrage*, in *Rev. Arb.*, 2002, p. 301 ss.; SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, op. cit., p. 287 s.

643 Il rinvio operato dal legislatore all'art. 51 c.p.c. è stato definito “pigrizia intellettuale” da VERDE, *Gli arbitri*, in *Diritto dell'arbitrato*, A.A.V.V., Torino, 2000, p. 155.

644 Sull'interpretazione del rinvio all'art. 51 c.p.c. si erano distinti due orientamenti. Un orientamento più restrittivo, riteneva che il rinvio contenuto nell'art. 815 c.p.c. riguardasse solo le ipotesi di ricusazione del giudice statale e quindi le ipotesi di astensione obbligatoria di cui all'art. 52 c.p.c. Cfr. BRIGUGLIO, *Commento all'art. 815 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Briguglio – Fazzalari – Marengo, Milano, 1994, p. 90.

Secondo altre voci dottrinali, al contrario, le peculiarità del giudizio arbitrale e le modalità di nomina del giudice privato inducevano ad un'estensione delle cause di ricusazione arbitrali rispetto a quelle giudiziali. Un argomento a sostegno di tale tesi veniva ravvisato anche nel dato letterale dell'art. 815 c.p.c. che non distingueva tra astensione e ricusazione giudiziale ma si limitava a rinviare al disposto dell'art. 51 c.p.c. In tal senso CONSOLO, *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, p. 20; SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Dir. proc.*, 2004, p. 415.

norma per “casistica” ha fatto venir meno la possibilità di revocare l'arbitro in presenza di ragioni di convenienza⁶⁴⁵, nel caso in cui le circostanze che facciano dubitare della sua imparzialità e indipendenza non possano essere ricondotte al tassativo elenco contenuto nell'art. 815 c.p.c.

Le ipotesi di ricusabilità dell'arbitro risultano “da un lato troppo analitiche e, al tempo stesso, inevitabilmente generiche e, dall'altro lato, rischiano di lasciar fuori ipotesi più rilevanti”⁶⁴⁶.

Il rapporto fiduciario che lega parti ad arbitri rende molto difficile la nomina come giudice privato di un soggetto del quale la parte non abbia conoscenza alcuna. Infatti, la tassatività dell'elencazione delle cause di ricusazione, imposta dal legislatore italiano, sembra essere diretta più al giudice statale che ad arbitri o parti, affinché l'apprezzamento in sede di ricusazione sia vincolato nella misura maggiore possibile, eliminando margini di discrezionalità.

La possibilità di ricusare il giudice privato è ammessa in tutti gli ordinamenti giuridici considerati. Alcune differenze permangono sull'individuazione dei motivi di ricusazione.

In passato era molto frequente l'estensione all'arbitro delle cause di ricusazione dettate per i giudici statali. La tecnica del rinvio era prevista nell'ordinamento italiano fino alla riforma del 2006 e dal legislatore tedesco. In Francia al contrario non era e non è previsto alcun riferimento alle ipotesi di ricusabilità dei giudici privati. Il legislatore si limita ad imporre agli arbitri un obbligo generale di dichiarare tutte le circostanze che possono mettere in dubbio la sua imparzialità e collega alla violazione di tale obbligo la facoltà delle parti di ricusarlo, sostituendolo con altro imparziale.

Dall'esame delle normative statali sembra possa trarsi la conclusione che la tendenza comune degli ordinamenti è di lasciare il massimo spazio possibile alla volontà delle parti.

Auspicabile è che il legislatore italiano si conformi alla tendenza dei legislatori stranieri.

4.5 Analisi dei motivi di ricusazione

645 BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Il nuovo processo civile*, Bove- Cecchella, Milano, 2006, p. 72.

646 VERDE, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici e arbitri*, in *Giuda al diritto*, 2006, f. 8, p. 82.

L'art. 815 c.p.c. prevede che l'arbitro può essere ricusato per i seguenti motivi:

- se non ha le qualifiche espressamente convenute dalle parti.

Il legislatore italiano non prescrive per la valida assunzione dell'incarico che gli arbitri abbiano specifiche qualifiche, tuttavia queste ultime possono essere richieste dalle parti.

Questo motivo di ricusazione è stato introdotto con la riforma del 2006 e rappresenta un'assoluta novità, in quanto non ricorre nell'art. 51 c.p.c. e consente alle parti di prevedere motivi alternativi di ricusazione non stabiliti dal legislatore.

La norma non tutela come è evidente l'imparzialità dell'arbitro, ma piuttosto garantisce il rispetto della volontà espressa dalle parti per la individuazione del giudice privato.

L'assenza delle qualifiche pattuite dalle parti è considerata causa di ricusazione dell'arbitro anche nell'ordinamento giuridico tedesco dal par. 1036, secondo comma, ZPO e in quello spagnolo all'art. 17 LA, per il legislatore inglese è motivo di *removal* dell'arbitro *ex s. 24 Arbitration Act 1996*.

Il legislatore francese non disciplina espressamente la violazione delle qualifiche convenute dalle parti per la nomina dell'arbitro, ma il vizio, opportunamente rilevato alla prima udienza di discussione successiva alla scoperta dello stesso, potrebbe trasformarsi in motivo di impugnazione del lodo ai sensi dell'art. 1492, n. 2 n.c.p.c.

- interesse nella causa⁶⁴⁷

Il giudice privato può essere ricusato se ha un interesse nella causa.

Tale motivo di ricusazione si riferisce al brocardo latino per cui *nemo iudex in rem propriam*, la cui violazione determina la ricusabilità del giudice.

Si distinguono due forme di interesse: diretto e indiretto⁶⁴⁸.

647 La dizione "interesse nella causa" è ripresa dall'art. 51 c.p.c. e deriva, come precisato da DITTRICH *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991, p. 84 s., dall'unione effettuata nel previgente codice di rito della distinzione tra interesse diretto e indiretto del giudice statale presente nel codice di rito sardo-piemontese.

648 La differenza tra le due forme di interesse del giudice statale determina anche un

La nozione di interesse diretto è molto discussa, talvolta si è ricondotta all'interesse del giudice quale parte formale del processo; altre volte all'interesse di cui all'art. 100 c.p.c., altre ancora all'interesse che legittima l'intervento ai sensi dell'art. 105 c.p.c.⁶⁴⁹

L'interesse indiretto consiste, invece, in un interesse non direttamente tutelabile nel processo, che si realizza quando la decisione può avere dei riflessi giuridici o di fatto su un rapporto sostanziale di cui il giudice privato è titolare.

In termini generali si può affermare che quando dalla decisione deriva necessariamente un vantaggio o un danno per il giudice saremo nel campo dell'interesse diretto, laddove, invece, il nesso tra la decisione e il vantaggio o danno per il giudice è un nesso di semplice probabilità, l'interesse è indiretto⁶⁵⁰. Il motivo in esame non contempla i rapporti di parentela, affinità o coniugio⁶⁵¹.

L'interesse indiretto del giudice nella causa può essere, anche, soltanto di natura economica. Vi rientrano l'ipotesi in cui il giudice sia creditore di un soggetto, la cui solvibilità dipende dall'esito di una causa affidata allo stesso o debba decidere di una causa per la costituzione della servitù di passaggio a favore di una industria di trasporti su fondo di terzi prospiciente l'abitazione del giudice stesso. In queste ipotesi è, infatti, facile ravvisare l'interesse del giudicante ad evitare una soluzione della controversia che comporterebbe una possibile diminuzione di valore del suo bene⁶⁵².

A questo riguardo, se pur con riferimento alla disciplina anteriore al D.Lgs. 40/2006, la giurisprudenza ha precisato che la nozione di interesse postula

diverso regime dei provvedimenti emessi dal giudice statale. Secondo la dottrina tradizionale, infatti, la sentenza pronunciata dal giudice direttamente interessato alla controversia è affetta da nullità insanabile ed assoluta; quella pronunciata dal giudice solo indirettamente interessato è valida e la violazione dell'obbligo di astensione è priva di effetto. Dunque l'art. 51 c.p.c. comprende solo le ipotesi di interesse indiretto, mentre il cd. interesse diretto si sottrarrebbe all'ordinaria disciplina dei motivi di ricusazione. In tal senso CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, sez. I, Napoli, 1934, p. 195. L'identità tra giudice e parte farebbe venir meno la qualità stessa di giudice, con conseguente inesistenza della sentenza. SATTA, voce *Astensione e ricusazione del giudice*, (*dir. Proc. civ.*), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, III, p. 203.

649 LA CHINA, *Giudice (astensione e ricusazione)* voce, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 30

650 SEGRÈ, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, *Commentario al c.p.c.*, diretto da Allorio, Torino, 1973, I, p. 632.

651 CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, cit. p. 731.

652 DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice statale*, Padova, 1991, p. 102.

un legame attuale, indipendentemente dalla configurazione giuridica dello stesso, dell'arbitro con una delle parti, tale da determinare una coincidenza di interessi in ordine all'esito della controversia⁶⁵³.

Discusso è se possa legittimare la ricusazione l'interesse meramente politico o ideologico. Alcuni autori propendono per una soluzione negativa⁶⁵⁴, altri⁶⁵⁵ invece ritengono che questi interessi siano ancora più pericolosi di quelli di natura patrimoniale, dato che sono radicati nell'animo del soggetto giudicante⁶⁵⁶.

Autorevole dottrina⁶⁵⁷ riconosce la pericolosità di tali interessi, ma ritiene che non rientrino in tale motivo di ricusazione, bensì in quello più generale previsto dal n. 5 dell'art. 815, comma primo, c.p.c. In quest'ultima ipotesi normativa si potrebbero, infatti, far rientrare le adesioni dei giudici privati a determinate associazioni o correnti associative, in quanto è difficile che in simili circostanze il giudice non si trovi condizionato almeno a livello ideologico dalle convinzioni politiche che persegue⁶⁵⁸.

La rilevanza dell'interesse politico o ideologico è stata riconosciuta dalla

653 Cass. Civ., sez. I, 15 novembre 2010, n. 23056, in *CED Cassazione*, 2010, in cui la Corte ha escluso la sussistenza dell'interesse nella causa nella fattispecie in cui l'arbitro aveva ricoperto in passato la carica di vicepresidente e componente del consiglio di amministrazione della società parte in causa.

654 ROMBOLI, *L'interesse politico come motivo di ricusazione del giudice*, in *Riv. Dir. proc.*, 1982, p. 476.

655 In relazione ai giudici statali alcune sentenze di merito meno recenti hanno sostenuto che avrebbe l'obbligo di astenersi, in quanto indirettamente interessato, anche il giudice del lavoro, facente parte del collettivo di redazione di una rivista di estrema sinistra apertamente schierata a favore dei lavoratori, a cui era stata assegnata la causa d'impugnativa di licenziamento dei lavoratori stessi. In tal senso Tribunale di Milano, ord. 5 ottobre 1981, in *Foro it.*, 1981, I, p. 2832. Più di recente la giurisprudenza sembra però appoggiare maggiormente la tesi secondo la quale l'interesse indiretto debba essere comunque personale, non potendo trattarsi di un generico interesse politico o ideologico. Così T.A.R. Lazio sent. 15 luglio 1981, n. 563. Allo stesso modo non ricorrerebbe l'ipotesi dell'art. 51, n. 1, c.p.c. quando vi sia comunanza di interessi scientifici tra il giudice ed il difensore di una delle parti per il fatto che il primo collabora ad una rivista scientifica diretta dal secondo. In tal senso Trib. Milano, sent. 11 giugno 1979. Anche la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità degli artt. 51 e 52 c.p.c., in riferimento agli artt. 2 e 101 Cost. nella parte in cui non consentono interpretazioni che impongono al giudice di astenersi e rendono ammissibile la ricusazione anche quando il giudice abbia un interesse meramente politico alla controversia. Cfr. Corte Cost., sentenza 22 giugno 1983, n. 187, in *Giur. Cost.*, 1983, I, p. 982. Questo orientamento è stato condiviso dalla corte di legittimità anche in sentenze più recenti, si veda Cass. Civ. Sez. III, 29 gennaio 1996, n. 683, in *Giur. it.*, 1997, p. 12 ss., con nota di RANA, *Il giudice e la moglie di Cesare ovvero: giudice «politico» e tutela delle parti*.

656 SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, op. cit., p. 230 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2009, p. 371.

657 LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2009, p. 371.

658 La posizione è stata espressa in relazione ai giudici statali da LA CHINA, *Il giudice «politico» e la ricusazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1977, p. 739.

giurisprudenza inglese nel noto caso Pinochet⁶⁵⁹.

La norma in esame riprende sostanzialmente quanto stabilito nel n. 1 dell'art. 51 c.p.c. per i giudici statali, ma l'ambito di applicazione è più esteso. La ricusazione è prevista sia nel caso di interesse dell'arbitro nella causa, che di interesse di un ente⁶⁶⁰, un'associazione o una società di cui sia amministratore.

Una esaustiva elencazione delle ipotesi che possono dar luogo ad un interesse indiretto dell'arbitro è impedita dalla eterogeneità delle stesse. Tuttavia, si ritiene che l'interesse rilevante debba essere necessariamente di natura personale⁶⁶¹, anche se non solo di carattere patrimoniale.

Il nuovo testo dell'art. 815 c.p.c. ha eliminato il riferimento all'interesse "in altra causa vertente su identica questione di diritto" presente nell'art. 51, primo comma⁶⁶², n. 1, c.p.c. Questa disposizione dettata per i giudici statali trova la sua *ratio* nel fatto che il giudice potrebbe essere portato a decidere una controversia o una singola questione giuridica nel modo in cui vorrebbe fosse decisa altra causa in cui è interessato⁶⁶³. La finalità della norma è perciò duplice: da un lato, evitare che sulla controversia si pronunci un giudice che ha già un'opinione preconcepita sulla lite, dall'altro che l'organo giudicante si precostituisca *ad hoc* un precedente a sé favorevole⁶⁶⁴.

È possibile che si verifichi nell'arbitrato una situazione simile. Il giudice privato in un procedimento, potrebbe essere avvocato di una parte in altro procedimento avente ad oggetto un'identica questione di diritto.

659 Il caso è stato deciso dalle corti britanniche nella sent. *Re v. Bow Street Metropolitan Stipendary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte*, 1999, 2 W.L.R. 272.

660 Il termine ente viene inteso in senso esteso nel quale sono ricompresi anche ad esempio i comitati, i consorzi e i condomini.

661 Non si considerano rilevanti i cd. interessi diffusi di cui sia titolare l'arbitro. In una recente sentenza la giurisprudenza si è espressa in questo senso anche se in relazione ai giudici statali, ma le conclusioni si ritengono applicabili anche ai giudici privati. In tal senso, Tribunale di Catania, sent. 12 giugno 2001, in *Giur. Merito*, 2002, p. 77 ss. (con nota di Carratta, *Tutela di interessi diffusi e astensione obbligatoria «collettiva» dell'intero ufficio giudiziario*), in cui si è precisato che i motivi di astensione e ricusazione di cui all'art. 51 c.p.c. non si riferiscono mai all'ufficio giudiziario nel suo complesso, ma a fatti, situazioni o interessi che riguardano le singole persone fisiche. Non sussiste alcun obbligo di astensione nel caso in cui sia dedotta in giudizio la tutela di interessi diffusi di cui, *uti cives*, i giudici sono titolari.

662 L'art. 51, primo comma, n. 1 c.p.c. stabilisce, infatti, che il giudice statale può essere ricusato ove abbia un interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto.

663 Cfr. SATTI, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 205.

664 CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 2004, 257.

In questa ipotesi il rischio principale consiste nella prevenzione che il giudice privato potrebbe avere, per aver già conosciuto la questione di diritto, averla esaminata e averne sostenuto una determinata soluzione. Non sembra però sussistente il pericolo di formare un precedente a se favorevole nell'arbitrato.

La mancata previsione espressa di tale motivo dal legislatore della riforma potrebbe essere considerata come una mera dimenticanza, tuttavia considerata la tassatività dell'elenco di cui all'art. 815 c.p.c. con difficoltà si potrebbe ricusare l'arbitro che abbia già deciso su identica questione di diritto.

- se l'arbitro o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti o di alcuno dei difensori.

L'arbitro può essere ricusato se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori.

I legami affettivi e di sangue che legano il giudice privato ad una delle parti, al loro rappresentante legale o ad alcuno dei difensori determinano la presunzione che l'arbitro terrà una condotta parziale. Si ritiene che in simili circostanze il giudice privato sarà influenzato nella decisione della controversia dal proprio legame⁶⁶⁵.

665 La disposizione include: i rapporti di coniugio, nonché quelli di stabile convivenza, non solo *more uxorio*; i rapporti di parentela e di affinità fino al quarto grado; di abituale commensalità. L'art. 78 c.c. stabilisce che: "L'affinità è il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge. 2 Nella linea e nel grado in cui taluno è parente d'uno dei due coniugi, egli è affine dell'altro coniuge. 3 L'affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge da cui deriva, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati. Cessa se il matrimonio è dichiarato nullo, salvi gli effetti di cui all'art. 87, n. 4". Non sono comprese nell'art. 815 c.p.c. le affinità acquisite attraverso fratelli e sorelle. Pertanto restano esclusi dall'applicabilità di detta norma il coniuge del fratello o della sorella dell'arbitro, il quale non è né parente dell'arbitro, né del suo coniuge. Il problema era stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale in relazione ai giudici statali, che con la sent. 7 febbraio 1986, n. 37 (in *Foro it.*, 1986, c. 861) ha confermato questa impostazione, rimettendo al legislatore la scelta di comprendere anche questi rapporti.

Restano esclusi dall'elencazione i legami di parentela naturale. Tali rapporti rilevano solo se espressamente richiamati da una specifica norma, ma potrebbe rientrare nell'abituale commensalità. Cfr. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991, p. 109.

Il divorzio o la separazione dei coniugi non rilevano ai fini dell'applicabilità della norma in esame. Il vincolo di affinità fra un coniuge ed i parenti dell'altro permane anche in seguito alla pronuncia di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. La

Ambiguità si riscontrano sul significato da attribuire alla locuzione “abituale commensalità”.

L'espressione indica l'esistenza di un rapporto di intima amicizia tra il giudice privato ed una delle parti, che può o meno manifestarsi con la commensalità abituale. Considerata la difficoltà di provare un sentimento quale l'amicizia, il legislatore ha individuato una situazione di fatto oggettiva⁶⁶⁶, la condivisione della mensa, accertabile facilmente e in presenza della quale presumere la parzialità dell'organo giudicante, non potendo indagare lo stato psicologico o i sentimenti del giudice.

La locuzione può essere intesa in senso lato, riferendosi a quei soggetti che vivono in familiarità o in comunanza di interessi ovvero nel suo significato letterale.

Sembra condivisibile l'orientamento della giurisprudenza⁶⁶⁷ che ravvisa la commensalità abituale in una serie di contatti e rapporti frequenti, tali da far dubitare della imparzialità dell'organo giudicante. Pertanto non è sufficiente per la riconsuazione del giudice il far parte insieme ad uno dei litiganti dello stesso comitato di redazione di una rivista scientifica o l'aver fatto parte di uno stesso collegio arbitrale in altro procedimento, in quanto non dimostrano la continuità di contatti tra i due soggetti.

- se l'arbitro o il coniuge ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori.

L'arbitro può essere riconsuato in presenza di situazioni patologiche nei rapporti tra lo stesso o il coniuge e una delle parti, rappresentante legale o difensore.

Sebbene l'espressione *causa pendente* indichi una controversia ed un procedimento instauratosi prima dell'arbitrato, la giurisprudenza⁶⁶⁸ considera riconsuabile il giudice privato anche quando la lite inizi durante il

soluzione si evince dal testo dell'art. 36, comma secondo, c.p.p. che stabilisce che le incompatibilità derivanti "per ragioni di coniugio o affinità", permangono anche dopo l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. La norma benché sancita per il giudice penale, si ritiene applicabile in via di analogia anche al giudice civile. Cfr. DITTRICH, op. ult. loc. cit. La norma non sembra estendibile anche all'ipotesi in cui il figlio o il genitore o un fratello dell'arbitro verta in tale situazione.

666 DITTRICH, op. cit., p. 113 s.

667 Trib. Milano, sent. 9 luglio 1981, in *Foro it.* 1981, 1, c. 2833.

668 Cfr. GIACOBBE, *Sull'esistenza di un obbligo dell'arbitro di essere imparziale*, in *Riv. Trim. appalti*, 2000, p. 382 ss. nota a sentenza Trib. Roma 20 aprile 1998.

procedimento arbitrale.

Come retaggio storico del vecchio codice di procedura civile, il legislatore ancora oggi fa riferimento all'*inimicizia*. Tale sentimento può rendere ricusabile l'arbitro solo nel caso in cui sia così grave da rendere il giudice contrario in modo aprioristico alle argomentazioni di una parte in lite, non sarebbe al contrario sufficiente una mera antipatia⁶⁶⁹.

- se il giudice privato è legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza; inoltre se è tutore o curatore di una delle parti.

Questa disposizione si può scomporre in tre differenti tipologie di motivi di ricusazione del giudice privato: l'esistenza di un legame lavorativo; di altri rapporti di natura patrimoniale o associativa; di un legame di tutela o curatela.

La prima ipotesi riguarda i rapporti di lavoro subordinato o di consulenza a carattere continuativo o di prestazione d'opera retribuita che intercorrono tra il giudice privato e uno dei litiganti o società da questo controllate, il soggetto che le controlla o società sottoposte a comune controllo. Dunque è considerata rilevante ai fini della ricusazione dell'arbitro, non solo l'ipotesi in cui quest'ultimo presta la propria attività lavorativa nei confronti di una delle parti, ma anche di una società sua o allo stesso legata da rapporto di controllo.

La norma si riferisce solo alle ipotesi di società controllate⁶⁷⁰, nessun riferimento è contenuto per l'ipotesi di collegamento societario, che deve pertanto ritenersi esclusa. L'"influenza notevole"⁶⁷¹ esercitata nel caso di

669 Cfr. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 1923, p. 486; RUFFINI – POLINARI, op. cit., p. 5833.

670 L'art. 2359, primo comma, c.c. definisce le società controllate come "1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa".

671 L'art. 2359, ult. comma, c.c. stabilisce che "Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando

società collegate non è considerata sufficiente a ricusare un giudice privato. Parte della dottrina⁶⁷² ritiene applicabile la disciplina in via estensiva anche alle ipotesi di collegamento tra società o di consorzi tra imprenditori, considerata la identità di *ratio*.

Questi rapporti di natura patrimoniale o professionale dell'arbitro devono essere attuali, ovvero esistenti durante il procedimento arbitrale⁶⁷³.

La seconda ipotesi considera ricusabile l'arbitro quando ricorrono altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza.

La norma è formulata in modo molto generico ed è foriera di molteplici interpretazioni.

Il termine associazione deve essere inteso in modo generico e va riferito ad ogni tipo di aggregazione tra soggetti finalizzato al raggiungimento di scopi o interessi comuni. Pertanto può considerarsi rilevante la partecipazione del giudice privato e di uno dei litiganti ad una stessa associazione, riconosciuta o non, fondazione o comitato.

La valutazione della ricusabilità dell'arbitro dovrà essere effettuata in concreto, considerando caso per caso quando l'esistenza di tale comunanza possa pregiudicare l'indipendenza. A tal riguardo la giurisprudenza non ha considerato idonea a compromettere l'indipendenza del giudice privato la partecipazione di quest'ultimo e di una delle parti all'Opus Dei. In questa ipotesi, l'appartenenza all'Opus Dei è stata considerata indicativa di un rapporto associativo costituito dal comune ideale della santificazione del lavoro professionale proprio dell'associazione, ma in mancanza di elementi concreti, non idonea a rendere l'arbitro parziale⁶⁷⁴. La controversia riguardava infatti operazioni societarie attraverso le quali i soci di maggioranza avevano tentato di estromettere quelli di minoranza. Pertanto

nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”.

672 SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, op. cit., p. 241 s.

673 Cfr. CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in *Riv. Arb.*, 2005, p. 703 ss.

674 Si rileva altresì che il vincolo dei fedeli con l'ente e tra di loro non è considerato di natura associativa, ma analogo a quello dei fedeli di una diocesi tra loro e con l'ente, per cui accettare la ricusazione di un arbitro in quanto appartenente all'Opus Dei sarebbe come ricusare un cattolico in quanto appartenente alla stessa Diocesi di una delle parti. In tal senso, Fumagalli Carulli, *Imparzialità degli arbitri e appartenenza all'Opus Dei*, in www.olir.it, Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose.

oggetto della controversia erano esclusivamente rapporti e interessi di natura patrimoniale, non venivano messi in discussione principi religiosi o morali. Pertanto il Tribunale di Milano rigettava il ricorso, rilevando che l'imparzialità dell'arbitro non poteva ritenersi compromessa, in quanto l'affermazione della liceità di un comportamento sociale scorretto sarebbe stata contraria al principio di santificazione del lavoro professionale dell'arbitro⁶⁷⁵.

La ricusazione dell'arbitro per tale motivo richiede, dunque, non solo la prova del rapporto associativo che lega il giudice alla parte, ma anche l'idoneità dello stesso a comprometterne l'indipendenza.

Nell'ambito degli *altri rapporti di natura patrimoniale* può essere compreso il rapporto di agenzia⁶⁷⁶, disciplinato dal n. 5 dell'art. 51 c.p.c., ma non riprodotto nel nuovo art. 815 c.p.c.

L'ultima ipotesi presa in considerazione è quella in cui l'arbitro sia tutore o curatore di una delle parti. Il legislatore del 2006 non fa espresso riferimento all'amministrazione di sostegno⁶⁷⁷, ma si deve ritenere applicabile la disposizione anche a quest'ultima ipotesi.

- se l'arbitro ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha depresso come testimone.

Il giudice privato può essere ricusato se ha compiuto alcune attività di ausilio per la parte in relazione alla vicenda, in particolare attività di consulenza⁶⁷⁸, assistenza o difesa.

Con tale disposizione si garantisce alle parti un organo giudicante privo di preconcetti o prevenzioni in relazione alla questione oggetto di controversia, che potrebbero derivare dall'aver già conosciuto ed esaminato la stessa.

I rapporti presi in considerazione sono pregressi rispetto al procedimento

675 In questo senso si è espresso il Tribunale di Milano nell'ord. 24 novembre 2008, in *Riv. Arb.*, 2008, p. 261.

676 L'art. 1742 c.c. definisce il contratto di agenzia come quel contratto in virtù del quale una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata. Cfr. SEGRÉ, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici, Commentario del c.p.c.*, diretto da Allorio, Torino, 1973, p. 637.

677 L'istituto è stato introdotto dall'art. 3, comma primo, l. 9 gennaio 2004, n. 6 ed è disciplinato negli artt. 404 ss. c.c.

678 Si considera ricusabile l'arbitro che abbia svolto attività di consulenza tecnica se l'opera da lui prestata sia di tale entità da far supporre che la consulenza costituisca la base principale per la soluzione della controversia. Cfr. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, p. 423.

arbitrale e devono essere già conclusi.

Ne restano esclusi i rapporti tra parte ed arbitro conclusi, ma non relativi alla stessa vicenda oggetto della controversia, bensì ad eventi diversi.

La disposizione non è chiara e ha indotto parte della dottrina⁶⁷⁹ a ritenere che la qualità di difensore rivestita dall'arbitro in precedenti o distinte controversie non integra alcuna delle ipotesi di ricusazione.

Dubbi sorgono se si tratta di un rapporto di lavoro terminato da tempo, considerato che la norma si riferisce all'arbitro *legato ad una delle parti in lite*.

Probabilmente⁶⁸⁰ non integra tale ipotesi di ricusazione nemmeno il fatto che l'arbitro abbia esposto il proprio parere sulla controversia prima della decisione.

4.6 Arbitro collega del difensore di una delle parti

L'art. 815 c.p.c. non fa alcun riferimento ai rapporti di natura professionale tra arbitro e difensore di una delle parti.

La collaborazione può assumere diverse connotazioni, come la condivisione di locali e strutture organizzative lasciando inalterata l'autonomia lavorativa dei singoli professionisti o la formazione di vere e proprie associazioni professionali.

In alcuni precedenti, la giurisprudenza non ha ritenuto idonea a fondare una domanda di ricusazione per *convivenza o abituale commensalità* la mera condivisione di strutture lavorative, come locali dello studio legale, o degli stessi ambienti, purché i professionisti mantengano la propria autonomia lavorativa⁶⁸¹.

Tuttavia, si è talvolta considerato, al fine dell'accoglimento dell'istanza di ricusazione nel procedimento arbitrale, *commensale abituale*⁶⁸² del difensore di una delle parti, l'arbitro, avvocato, che eserciti

679 *Sea Searchers c. Soc. Esercizio Cantieri*, Trib. Genova 22 marzo 1995, in *Foro Pad.* 1996, I, p. 206, nota RUBINO – SAMMARTANO, *Sull'arbitro avvocato di una parte*.

680 In tal senso *Salt. c. Impresa Guidi*, Trib. Busto Arsizio, 7 giugno 1951, in *Giur. it.* 1951, I, 2, p. 549.

681 Trib. Busto Arsizio, 18 luglio 2000, in *Giur. Mer.*, 2002, p. 731.

682 Trib. Genova, 4 maggio 2006, in *Foro it.* 2006, I, p. 2559, nella specie il padre dell'arbitro parimenti avvocato nella stessa unità immobiliare, aveva concesso al difensore una stanza in comodato gratuito, memore della stretta amicizia che lo legava al nonno di quest'ultimo.

continuativamente la professione legale nella stessa unità immobiliare ove esercita la professione anche il difensore.

Un'intima amicizia o la reciproca compenetrazione delle rispettive attività professionali dal punto di vista economico o anche organizzativo potrebbe, pertanto, giustificare la ricusazione arbitrale⁶⁸³.

Le associazioni professionali, di qualunque dimensione esse siano, determinano invece una comunanza di interessi economici e finanziari tra arbitro e difensore di una parte. Se oltre all'abituale collaborazione, tra i professionisti sussiste anche una comunanza di interessi patrimoniali⁶⁸⁴ allora è giustificata la ricusazione⁶⁸⁵. La fattispecie potrebbe infatti rientrare nel n. 3, del primo comma, dell'art. 815 c.p.c.

Se pur non rilevante ai fini della ricusazione arbitrale, si deve notare che il codice deontologico forense⁶⁸⁶ impone agli avvocati l'obbligo di non accettare l'incarico arbitrale, non solo se hanno rapporti professionali con una delle parti, ma anche se una delle parti sia assistita da un professionista di lui socio o a lui associato o che eserciti la propria attività negli stessi locali.

In Inghilterra gli studi professionali hanno una struttura molto simile a quella delle associazioni tra professionisti, per cui questa forma di collaborazione determina sovente la ricusazione del giudice privato.

Problemi maggiori sono sollevati dalle *Chambers*. In queste strutture ogni avvocato è iscritto al Foro di appartenenza, ma opera in un'organizzazione più ampia con propri clienti e in piena autonomia. L'appartenenza alla stessa Camera comporta solo una condivisione di strutture e magari spese, tuttavia gli avvocati non hanno comuni interessi finanziari, né clientela. La

683 Cass. 24 agosto 2004, 17192, in *Giust. Civ.*, 2005, I, p. 3049, con nota di Metafora, *Note minime in tema di ricorso incidentale condizionato e di ricusazione degli arbitri*.

684 La giurisprudenza considera ricusabile l'arbitro, se quest'ultimo e il difensore di una delle parti sono avvocati dello Stato, in quanto si ripartiscono gli utili delle cause vinte. Trib. Napoli, 8 marzo 1996, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 1449.

685 LAUDISA, *Arbitro nominato dalla parte o arbitro di parte (Cenni comparatistici)*, in *Riv. Arb.*, 1999, p. 371.

686 L'art. 55 del codice deontologico forense prevede che "I - L'avvocato non può assumere la funzioni di arbitro quando abbia in corso rapporti professionali con una delle parti. II - L'avvocato non può accettare la nomina ad arbitro se una delle parti del procedimento sia assistita da altro professionista di lui socio o con lui associato, ovvero che eserciti negli stessi locali. In ogni caso l'avvocato deve comunicare alle parti ogni circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza, al fine di ottenere il consenso delle parti stesse all'espletamento dell'incarico".

giurisprudenza inglese proprio per tale ragione ritiene che tale fattispecie non integri un'ipotesi di riconsunzione⁶⁸⁷.

Diverso orientamento⁶⁸⁸ è condiviso, invece, dalla giurisprudenza francese. Dall'esame della giurisprudenza straniera si evince, tuttavia, un dato comune: per la riconsunzione del giudice privato è rilevante la comunanza di interessi patrimoniali tra componenti dello studio, come la ripartizione di utili, ma non anche la mera aggregazione tra professionisti per ridurre i costi dell'attività lavorativa⁶⁸⁹.

4.7 Arbitri seriali

Con la definizione arbitro seriale si intende l'arbitro che sia stato nominato dalla medesima parte in diversi procedimenti arbitrali. La ripetitività della nomina può essere, infatti, indice di legami sottostanti, nonché di una certa fidelizzazione dell'arbitro alla parte che lo designa. Tale situazione potrebbe mettere in dubbio l'imparzialità dell'arbitro ed essere considerata come valido motivo di riconsunzione ai sensi dell'art. 815, comma primo, n. 3 c.p.c. Dalla pluralità di nomine si potrebbe desumere, infatti, l'esistenza di un rapporto di confidenzialità, familiarità tra arbitro e parte, che potrebbe pregiudicare l'imparzialità del giudice privato.

La giurisprudenza francese ha esaminato l'ipotesi degli arbitri seriali.

In particolare, nel caso portato a conoscenza dei giudici d'oltralpe un arbitro, che aveva statuito in una controversia instauratasi fra un *franchiseur* ad un *franchisé*, si trovava ad essere nominato arbitro in un altro procedimento della medesima natura, coinvolgente lo stesso *franchiseur* con un altro *franchisé*. Tuttavia, le corti francesi ritennero che tale situazione non ponesse in dubbio l'imparzialità del giudice privato nel secondo giudizio, al punto che esclusero che lo stesso dovesse rivelare il precedente arbitrato alle parti⁶⁹⁰.

Diversa la posizione condivisa dalla giurisprudenza francese nel caso in cui l'arbitro abbia già giudicato una controversia connessa, che impone

687 *Laker Airways Inc. c. FLS Aerospace Ltd*, in 2 *Lloyd's Rep.*, 1999, p. 45.

688 Corte di appello di Parigi, 28 giugno 1991, in *Rev. Arb.*, 1992, p. 568.

689 Cfr. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, op. cit., p. 251.

690 CLAY, op. cit., p. 310.

necessariamente una presa di posizione sul litigio in causa. In queste ipotesi è stato ravvisato un difetto di imparzialità⁶⁹¹. La giurisprudenza recente è però più cauta e ravvisa la parzialità dell'arbitro solo quando viene dimostrata l'esistenza di un pregiudizio⁶⁹².

Probabilmente la soluzione più opportuna anche in questa ipotesi sarebbe quella di mettere a conoscenza le parti delle nomine ricevute e dei procedimenti arbitrali ai quali il giudice privato abbia partecipato, in modo da poter rimettere alle stesse una prima valutazione concreta dell'influenza delle circostanze sulla sua serenità di giudizio.

È possibile che le parti scelgano un arbitro seriale per la competenza acquisita nella risoluzione di controversie similari o per le informazioni privilegiate relative alle questioni oggetto di decisione. Queste informazioni o competenze specifiche ove vengano comunicate a tutti i litiganti e sulle stesse si formi il contraddittorio potrebbero non pregiudicare la posizione dell'arbitro.

La giurisprudenza italiana non ritiene che la nomina ad opera di una stessa parte di uno arbitro seriale metta in dubbio la sua imparzialità. L'accettazione di più nomine provenienti dalla stessa parte non importa una presunzione di parzialità, “essendo arbitraria in tal caso l'automatica assimilazione dell'arbitro di parte al difensore⁶⁹³”.

Con molta difficoltà, inoltre, potrebbe farsi rientrare nel n. 3 dell'art. 815 c.p.c., ovvero nella *commensalità abituale*, il rapporto di parentela, affinità o coniugio che intercorra tra arbitro e un terzo che abbia interesse nella causa senza tuttavia essere parte in lite.

Come nell'ipotesi in cui venga nominato arbitro in una lite tra locatore e sublocatore il coniuge del subconduttore⁶⁹⁴. In questa ipotesi il rischio di una condotta dell'arbitro parziale è reale, ma ciononostante difficile sarebbe riuscire a procedere con la ricusazione.

5.1 Procedimento di ricusazione

691 Tribunale di Grande Istanza di Parigi, 13 gennaio 1986, in *Rev. Arb.*, 1987, p. 63; Id., 29 giugno 1989, in *Rev. Arb.*, 1990, p. 497.

692 Corte di appello di Parigi, 12 gennaio 1996, in *Rev. Arb.*, 1996, p. 428; Corte di Cassazione 16 marzo 1999, in *Rev. Arb.*, 1999, p. 308.

693 Coll. Arb., Genova 5 dicembre 1997, in *Riv. Arb.* 2000, p. 167.

694 L'esempio è tratto da RUFFINI – POLINARI, op. cit. p. 5832.

Il procedimento di riconsunzione arbitrale è disciplinato dall'art. 815 c.p.c. che non lascia alcuno spazio all'autonomia negoziale delle parti in lite.

Il legislatore italiano stabilisce le modalità e il procedimento di riconsunzione arbitrale, a differenza di quello spagnolo e di quello tedesco che consentono ai privati di disciplinarle nella convenzione arbitrale, limitandosi a dettare un procedimento suppletivo.

Negli ordinamenti giuridici esaminati è sempre riconosciuto un variabile potere alle parti di costruire e disciplinare lo strumento della riconsunzione secondo le modalità ritenute più adeguate.

L'art. 815 c.p.c. al contrario non attribuisce alle parti alcun potere di modificare o derogare alla disciplina legale.

Prima della riforma del 2006, la derogabilità della disciplina sulla riconsunzione era ammessa per gli arbitrati internazionali. Si giungeva a ritenere possibile che le parti escludessero la stessa esperibilità della riconsunzione, per ragioni di celerità della procedura⁶⁹⁵. Con l'abrogazione dell'art. 836 c.p.c. gli arbitrati internazionali sono soggetti al medesimo regime previsto per quelli domestici, pertanto non sembra residuare alcuno spazio per l'autonomia delle parti nella disciplina della riconsunzione.

Il procedimento ha natura contenziosa⁶⁹⁶, in quanto è volto a dirimere la contrapposizione tra il diritto soggettivo delle parti all'imparzialità del giudice e quello dell'arbitro a non essere infondatamente sostituito. La riconsunzione termina con un'ordinanza definitiva, ma inidonea al giudicato sostanziale.

Parte della dottrina ha precisato che la riconsunzione arbitrale è un vero e proprio giudizio di cognizione autonomo, avente ad oggetto il rapporto contrattuale tra parti ed arbitri e, dunque, l'istanza di riconsunzione si configura come "un'azione volta ad ottenere in sede giurisdizionale il corretto

695 FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1994, p. 18 s.; LUZZATTO, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana*, in *Riv. Dir. int. Priv. Proc.*, 1994, p. 272; CONSOLO, *Elasticità convenzionale della disciplina dell'imparzialità dell'arbitro e nuovo art. 836 c.p.c.*, in *Riv. Arb.*, 2000, p. 445.

696 Il legislatore del 2006 ha, infatti, introdotto la previsione di una pronuncia condannatoria sulla spese, pertanto non è più dubbia la natura contenziosa di tale procedimento. In passato al contrario discussa ne era la natura: secondo alcuni di volontaria giurisdizione (FAZZALARI, *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, p. 3; VERDE, *Gli arbitri*, in A.A.V.V., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Verde, Torino, 2005, p. 158); altri lo consideravano un giudizio di cognizione di natura contenziosa (CONSOLO, *La riconsunzione dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, p. 28).

adempimento delle obbligazioni di cui al patto compromissorio⁶⁹⁷”.

L'istanza di ricusazione si propone con ricorso, ai sensi del terzo comma dell'art. 815 c.p.c., in cui dovranno essere specificati i motivi di ricusazione, nonché i relativi mezzi probatori, come stabilito dall'art. 52, comma primo, c.p.c. in tema di ricusazione giudiziale⁶⁹⁸.

Legittimata attivamente a proporre l'istanza è la parte che non ha nominato o partecipato alla nomina dell'arbitro ricusando e quella che sia venuta a conoscenza della causa di ricusazione successivamente alla nomina del giudice privato.

Competente a decidere dell'istanza di ricusazione è il giudice statale, in particolare, il presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'arbitrato. Se le parti non hanno determinato tale sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale nel cui luogo è stata stipulata la convenzione arbitrale o se tale luogo è all'estero a quello di Roma.

Il codice di procedura civile italiano non recepisce il principio per cui gli arbitri sono giudici della propria imparzialità, rimettendo la competenza direttamente al giudice statale.

Il principio è adottato nell'art. 18, comma secondo, della legge arbitrale spagnola, che individua negli arbitri i giudici della ricusazione. Tuttavia, il controllo statale è sempre presente, ma a posteriori ovvero in sede di impugnazione del lodo, ai sensi dell'art. 41, lett. f, per contrarietà all'ordine pubblico o lett. d, per violazione delle norme previste *ex lege* per la designazione degli arbitri.

697 CONSOLO, *La ricusazione degli arbitri*, in *Riv. Arb.*, 1998, p. 18 ss., spec. 29. Il procedimento di ricusazione è finalizzato a verificare l'imparzialità del giudice privato, ovvero di un soggetto che deriva il proprio potere di *ius dicere* da un contratto, e non come il giudice statale dalla legge. La ricusazione, pertanto, presuppone un accertamento del diritto contrattuale fra parti e arbitri ad intrattenere un rapporto di buona fede con tutti i componenti del collegio.

698 Come osservato da SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, op. cit., p. 297, all'istanza di ricusazione arbitrale non sarà applicabile anche l'art. 54, comma secondo, c.p.c. che stabilisce l'inammissibilità del ricorso che non abbia il contenuto prescritto dall'art. 52 c.p.c. Tale sanzione può essere comminata solo se espressamente prevista. Inoltre a differenza di quanto consentito dall'art. 52, comma secondo, c.p.c. la ricusazione arbitrale non può essere proposta dalla parte personalmente, ma è necessaria la difesa tecnica, come stabilito dall'art. 82, comma secondo, c.p.c., per cui è necessaria la sottoscrizione del difensore, munito di apposita procura alla lite. Come tutti i ricorsi, anche l'istanza di ricusazione deve essere depositata nella cancelleria del giudice competente e poi notificata insieme al decreto presidenziale che dispone la comparizione di parti ed arbitro nel termine fissato. La ricusazione deve essere notificata tanto alla controparte quanto all'arbitro ricusando, non sembra necessaria la notifica agli altri membri del collegio arbitrale nel caso in cui sussista.

Soluzione simile è adottata dal legislatore tedesco ove se l'arbitro interessato non rinuncia all'incarico spontaneamente o se l'altra parte non è concorde alla ricusazione, la decisione è rimessa al collegio arbitrale, salva la possibilità di rivolgersi all'autorità statale nel caso in cui l'istanza venga rigettata.

La ricusazione deve essere proposta nel termine perentorio di dieci giorni decorrente dalla notificazione della nomina o dalla sopravvenuta conoscenza di un motivo di ricusazione. Il mancato rispetto del termine fa decadere la parte dal potere di ricusare l'arbitro, con la conseguenza che le cause di ricusazione non fatte valere tempestivamente attraverso l'istanza di ricusazione non possono trasformarsi in motivi di impugnazione del relativo lodo emesso⁶⁹⁹.

Il *dies a quo* del breve termine corrisponde, dunque, alla data del ricevimento della comunicazione scritta contenente la designazione dell'arbitro⁷⁰⁰ ovvero da quella della conoscenza sopravvenuta della causa di ricusazione, di cui l'istante dovrà fornirne rigorosa prova⁷⁰¹.

L'istanza non potrà essere più presentata quando gli arbitri hanno sottoscritto il lodo.

L'ordinamento inglese non ha previsto alcun termine di decadenza per la proposizione dell'istanza di *removal* dell'arbitro. In assenza di disposizione legislativa *ad hoc*, si ritiene proponibile l'istanza in qualsiasi momento

699 Può accadere che la parte istante abbia tempestivamente depositato il ricorso in cancelleria ma non abbia provveduto alla notifica di quest'ultimo e del decreto di fissazione dell'udienza nel termine fissato dal presidente del tribunale. In questa ipotesi se la notifica è effettuata comunque prima dell'udienza e le parti compariono, il raggiungimento dello scopo sana i vizi dell'atto *ex art.* 156 c.p.c. In caso di mancata comparizione in udienza il giudice potrà o considerare la tardiva notifica un vizio sanabile attraverso l'assegnazione di un nuovo termine per la notifica in applicazione dell'art. 291 c.p.c. oppure dichiarare l'improcedibilità dell'istanza. Sembra preferibile la prima soluzione anche perché considerata la sola facoltativa sospensione del procedimento arbitrale a seguito di un'istanza di ricusazione non si avrebbe un inutile o eccessivo allungamento dei tempi processuali, che, al contrario, potrebbe far propendere per la seconda soluzione. Cfr. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, op. cit., p. 305; TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999, p. 94; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, p. 357; Cass. Sez. un. 30 luglio 2008, n. 20604, in *Mass. Giust. Civ.*, 2008, p. 1228.

700 L'art. 810 c.p.c. stabilisce che la nomina dell'arbitro, in qualsiasi forma effettuata, deve essere resa nota alla controparte con atto notificato per iscritto con l'invito a designare il proprio arbitro. RUFFINI, *Commento all'art. 810 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo – Luiso, Milano, 2007, p. 5785 s.

701 La prova della tempestività della ricusazione deve essere fornita "in modo convincente" secondo parte da PANZAROLA, *Su alcuni profili della ricusazione degli arbitri*, in *Riv. Arb.*, 2008, p. 261 ss.

durante la procedura o dopo la pronuncia del lodo. L'assenza di una simile disposizione caratterizza anche l'ordinamento francese ove però la giurisprudenza non considera ammissibili le istanze proposte successivamente alla pronuncia del lodo. Gli ordinamenti spagnolo e tedesco prevedono come quello italiano un termine decadenziale breve, entro cui proporre l'istanza di sostituzione dell'arbitro.

Tutti gli arbitri possono essere ruscusati: arbitri di parte, arbitri unici, presidenti di collegio o designati *per relationem*.

Tuttavia, una parte può ruscusare l'arbitro che ha nominato solo per motivi ignoti al momento della designazione. Contrariamente si finirebbe con l'attribuire alle parti la possibilità di maliziosamente non eccepire motivi di ruscusazione subito al momento della nomina, ma successivamente e solo nel caso in cui il corso dell'arbitrato non sia soddisfacente.

5.2 Sospensione e riattivazione della procedura

Il quinto comma dell'art. 815 c.p.c. stabilisce che salvo diversa determinazione degli arbitri la proposizione dell'istanza non sospende il procedimento arbitrale.

La sospensione dunque non è obbligatoria, ma solo facoltativa e la scelta è rimessa agli arbitri stessi, compreso l'arbitro ruscusando. Il legislatore precisa infatti che ove l'istanza di ruscusazione venga accolta, l'attività compiuta dall'arbitro ruscusato o con la sua partecipazione è inefficace.

La sospensione del procedimento viene disposta con ordinanza revocabile che determina altresì la sospensione automatica del termine per il deposito del lodo, di cui all'art. 820, comma quarto, lett. d, c.p.c. Il termine per la pronuncia del lodo è sospeso durante la sospensione del procedimento arbitrale e in ogni caso dopo la ripresa del procedimento il termine residuo se inferiore è esteso a novanta giorni.

Non tutti gli atti compiuti dall'arbitro ruscusato sono invalidi, ma solo quelli posti in essere successivamente al deposito dell'istanza di ruscusazione⁷⁰². Da quel momento la condotta dell'arbitro potrebbe essere viziata o influenzata

702 La ruscusazione ha natura costitutiva ed è il presupposto della declaratoria di incompatibilità dell'arbitro a decidere la lite, pertanto gli effetti dell'accoglimento della ruscusazione retroagiscono al momento della proposizione dell'istanza. In tal senso: SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, op. cit., p. 314; DITTRICH, op. cit., p. 327.

dalla domanda pendente.

La sospensione discrezionale del procedimento arbitrale è prevista anche dall'ordinamento giuridico inglese e da quello tedesco. Stessa soluzione è condivisa anche dalla dottrina francese, nel silenzio del legislatore.

La legge spagnola non disciplina espressamente gli effetti della domanda di ricusazione sull'arbitrato, ma la dottrina prevalente è orientata a ritenere che la sospensione del procedimento sia necessaria per consentire alle parti di designare un sostituto.

Il procedimento di ricusazione segue il rito camerale ed è prevista la necessaria audizione dell'arbitro interessato nonché delle parti in lite. Al contrario non è necessario che il presidente del tribunale senta gli altri componenti del collegio, la cui audizione è discrezionale.

Il presidente del tribunale decide sull'istanza di ricusazione con ordinanza non impugnabile.

Nel caso in cui l'ordinanza accolga la domanda, l'arbitro sarà privato del proprio ufficio e non potrà esercitare alcuna attività in relazione all'arbitrato. Il legislatore non disciplina le conseguenze di tale rimozione ed in particolare le modalità di nomina dell'arbitro sostituto.

Parte della dottrina⁷⁰³ ha sostenuto l'applicabilità all'arbitrato dell'art. 54, comma primo, c.p.c. previsto per i giudici statali, ritenendo che l'ordinanza di accoglimento debba altresì contenere la designazione del nuovo arbitro.

Tale soluzione contrasta, tuttavia, con il diritto delle parti di nominare il proprio arbitro e non garantisce la paritaria partecipazione delle stesse alla formazione del tribunale arbitrale, dato che un arbitro sarebbe così nominato da una parte, l'altro dall'autorità giudiziale statale.

Sembra al contrario preferibile colmare la lacuna legislativa applicando l'art. 811 c.p.c. che, nel caso in cui vengano a mancare uno o più arbitri, prevede che la sostituzione di questi debba avvenire secondo le modalità stabilite nella convenzione d'arbitrato per la nomina oppure in assenza secondo la procedura prevista dall'art. 810 c.p.c.

Questa soluzione è d'altra parte adottata anche dal legislatore francese nell'art. 1473, secondo comma, n.c.p.c., nonché dall'art. 1039 ZPO ove le

⁷⁰³DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno e internazionale*, in *Riv. Dir. proc.*, 1995, p. 147.

parti non abbiano disciplinato espressamente tale eventualità e dalla sec. 27 dell'Arbitration Act del 1996.

Ove la domanda di riconsazione non sia fondata o provata ovvero sia inammissibile, il presidente del tribunale emetterà un'ordinanza di rigetto.

Al fine di evitare il proliferare di istanze meramente dilatorie o pretestuose il legislatore italiano ha introdotto la previsione di una sanzione pecuniaria⁷⁰⁴. Il quarto comma dell'art. 815 c.p.c. prevede infatti che nel caso di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza dell'istanza di riconsazione, il giudice condanna la parte che ha proposto l'istanza al pagamento di una somma equitativamente determinata, comunque non superiore al triplo del massimo dell'onorario arbitrale previsto per ogni singolo arbitro in base alla tariffa forense, in favore dell'altra parte.

La disposizione lascia ampia discrezionalità al giudice statale in quanto l'irrogazione della sanzione è subordinata alla valutazione della manifesta inammissibilità o della manifesta infondatezza della riconsazione, e la legge ne determina solo l'ammontare massimo, ma la concreta determinazione del *quantum* è rimessa al giudice statale.

Con ordinanza il presidente provvede anche sulle spese⁷⁰⁵. La pronuncia sulle spese è stata introdotta con la riforma del 2006⁷⁰⁶.

Nell'eventualità in cui a seguito dell'istanza di riconsazione gli arbitri abbiano sospeso la procedura sarà necessario riattivarla. Il legislatore non disciplina espressamente le relative modalità.

Parte della dottrina ritiene in presenza di tale lacuna applicabile l'art. 819 *bis* c.p.c. Pertanto se nessuna delle parti deposita presso gli arbitri un'istanza di prosecuzione entro il termine dagli stessi fissati o in assenza entro un anno

704La sanzione prevista ha, secondo SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, op. cit., p. 321, una duplice funzione dissuasiva nei confronti di riconsazioni temerarie e risarcitoria in quanto lesiva di diritti soggettivi dell'arbitro ingiustamente riconsato, il quale si trova a doversi difendere in un giudizio indebitamente proposto nei suoi confronti.

705Il testo del quarto comma dell'art. 815 c.p.c. che separatamente disciplina l'ordinanza con cui il presidente decide sulla riconsazione e quella sulle spese, ha indotto parte della dottrina a ritenere che le spese debbano essere determinate necessariamente con altra ordinanza. GIOVANNUCCI ORLANDI, op. cit., p. 300; ZUMPANO, op. cit., p. 1240.

706La decisione sulle spese seguirà il principio della causalità, in virtù del quale la parte obbligata a rimborsare alle altre le spese anticipate nel giudizio è quella che con il comportamento tenuto fuori dal giudizio, ovvero con il darvi inizio o resistendovi con forme ed argomenti non conformi a diritto, vi abbia dato causa. In tal senso: Cass., 8 giugno 2007, n. 13430, in *Mass. Giust. Civ.*, 2007, p. 1147; Cass. 27 novembre 2006, n. 25141, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 2726.

dalla cessazione della causa di sospensione, il procedimento arbitrale si estingue.

Altro orientamento⁷⁰⁷ non considera applicabile tale regime, dato che l'art. 819 *bis* disciplina tre ipotesi di sospensione del procedimento arbitrale tra le quali non è compresa la ricusazione.

Pertanto nel caso di rigetto dell'istanza, il procedimento dovrebbe riprendere dalla comunicazione dell'ordinanza di rigetto del ricorso.

Nel caso di accoglimento dell'istanza si dovrà dapprima procedere alla ricostituzione del collegio poi potrà riprendere il procedimento.

6.1 Rimedi successivi alla parzialità arbitrale

Le legislazioni statali muovono nella direzione di consentire alle parti di legittimare un arbitro al giudizio pur in presenza di una situazione apparentemente idonea a metterne in pericolo l'imparzialità.

Le uniche situazioni sanzionabili a prescindere dall'esercizio della ricusazione resterebbero quelle che sono espressamente previste come motivo di impugnazione nei vari ordinamenti.

Uno dei temi maggiormente discussi nella dottrina ed nella giurisprudenza italiana riguarda gli effetti che la parzialità dell'arbitro possa avere sul lodo pronunciato.

In presenza di una delle circostanze elencate nell'art. 815 c.p.c. le parti possono ritenere che tale circostanza abbia influenzato l'imparzialità dell'arbitro e, dunque, proporre istanza di ricusazione per ottenere una decisione da un sostituto imparziale, oppure possono rinunciare alla ricusazione considerando la circostanza irrilevante e il giudizio dell'arbitro sereno e privo di qualsiasi influenza.

Il problema si pone in relazione agli effetti che la parzialità dell'arbitro possa avere sul lodo pronunciato. Molto discussa è, infatti, la riconducibilità dei motivi di ricusazione degli arbitri in motivi di gravame del lodo.

La questione è stata specularmente trattata in relazione ai giudici togati e le problematiche e le soluzioni individuate sono utili in relazione agli arbitri.

Si possono distinguere diverse ipotesi.

⁷⁰⁷SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, op. cit., p. 330; CAVUOTO, *Sospensione per ricusazione del giudice civile e regolamento di competenza*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1501.

- Il rimedio dell'impugnazione del lodo può senz'altro essere esperito ove l'arbitro si pronunci dopo che il presidente ha accolto l'istanza di ricusazione. La conclusione è confermata dall'art. 815 c.p.c. che stabilisce l'inefficacia dell'attività compiuta dall'arbitro ricusato o con il suo concorso. Parte della dottrina⁷⁰⁸ riconduce tale vizio non al n. 2 bensì al n. 3 dell'art. 829, primo comma, c.p.c. in quanto l'arbitro sarebbe incapace di giudicare.
- Nell'ipotesi di rigetto dell'istanza di ricusazione si sono distinti due orientamenti.

Una parte della dottrina considera esperibile avverso l'ordinanza di rigetto del Presidente del tribunale il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma sette, Cost.

Un orientamento della giurisprudenza⁷⁰⁹ ha negato l'ammissibilità di tale strumento avverso l'ordinanza di ricusazione, in quanto è un provvedimento ordinatorio e strumentale, che non incide sull'organo giudicante o sui criteri di costituzione dello stesso, né sul diritto delle parti alla nomina del giudice privato, bensì solo sulla singola designazione.

In alcune pronunce i giudici, pur riconoscendo che l'esigenza di far decidere la controversia da un giudice imparziale costituisce un diritto soggettivo della persona assoluto ed insopprimibile, hanno continuato ad escludere l'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso l'ordinanza che ha deciso sulla ricusazione. Tale provvedimento mancherebbe, infatti, del requisito della definitività richiesto dall'art. 111, comma sette, Cost. La parte che abbia visto rigettata la propria domanda di ricusazione potrebbe, infatti, per gli stessi motivi impugnare per nullità il lodo pronunciato dall'arbitro parziale⁷¹⁰.

In questo modo non si riconosce alla ricusazione la funzione di prevenire la parzialità dell'organo giudicante e, dunque, impedire la pronuncia di lodi da parte arbitri sospetti, bensì solo una funzione prenotativa della successiva impugnazione per nullità, altrimenti non eccezionale per gli stessi motivi⁷¹¹.

708 RUFFINI – BOCCAGNA, *sub art.* 829, in Consolo – Luiso *Codice di procedura civile*, III, p. 6045.

709 Cass. 16 maggio 1998, n. 4924, in *Riv. Arb.*, 1999, p. 59; Cass. 6 luglio 1988, n. 4432, in *Mass. Giur. it.*, 1988, c. 600. In questo modo equiparando il regime dell'ordinanza sulla ricusazione arbitrale a quello previsto per la ricusazione giudiziale.

710 Cass. 28 agosto 2004, n. 17192, in *Giust. Civ.* 2005, I, p. 3049.

711 PANZAROLA, *Intorno ai rimedi per denunciare la parzialità dell'arbitro*, in *Riv. Arb.* 2010, p. 671 ss., l'A. definisce la soluzione praticata dalla corte di cassazione, nella sent. 15 novembre 2010, n. 23056 annotata, dualistica in quanto ricollega all'istanza di ricusazione

La tesi è condivisa da un orientamento dottrinale⁷¹² che considera possibile l'impugnazione della decisione sulla ricusazione per un riesame delle valutazioni compiute dal presidente del tribunale in sede di ricusazione. Tali conclusioni dapprima condivise solo per i giudici togati⁷¹³ si ritengono estendibili anche a quelli privati. Infatti non si possono ricavare dall'esito e dagli effetti del giudizio di ricusazione degli arbitri conseguenze sulla validità del lodo meno rigorose di quelle che si ricavano per la validità della sentenza del giudice togato⁷¹⁴.

Inoltre se esiste un problema di parzialità il lodo deve poter essere impugnato almeno per gli stessi motivi di una sentenza statale.

In una pronuncia la corte di legittimità ha, però, condiviso il primo orientamento⁷¹⁵ e considerato ammissibile avverso l'ordinanza che rigetta la ricusazione arbitrale il ricorso straordinario per cassazione. Il precedente riguarda un arbitrato internazionale al quale era applicabile la disciplina anteriore alla riforma del 2006 e, in particolare, il disposto dell'art. 838 c.p.c. Tale norma ammetteva l'impugnazione del lodo internazionale per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia solo se espressamente disposta dalle parti o prevista *ex lege*⁷¹⁶.

La corte ha ritenuto che l'illegittimità del provvedimento di ricusazione dovrebbe farsi valere con la nullità del lodo ai sensi del secondo comma dell'art. 829 c.p.c. e non del primo, ovvero per violazione di regole di diritto. Tale motivo di impugnazione è ammesso, tuttavia, solo se espressamente disposto dalle parti, in assenza pertanto il provvedimento dovrebbe considerarsi definitivo⁷¹⁷ e, dunque, ricorribile per cassazione, ai sensi del

un duplice effetto: da un lato, rimuovere preventivamente l'arbitro, dall'altro, prenotare l'impugnazione per nullità successiva del lodo.

712LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, op. cit., p. 386; BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, in Barbieri – Bella, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, op. cit., p. 345.

713Così Cass. SS.UU. 20 novembre 2003, n. 17636, in *Giur. it.*, 2004, f. 9, p. 1592.

714Cfr. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano 2009, p. 121 ss.

715Cass. 8 febbraio 2007, n. 2774, in *Mass. Giust. Civ.*, 2007, p. 299, il caso di specie era soggetto alla disciplina precedente al d.lgs. 40/2006 e relativo ad un arbitrato internazionale.

716Per l'arbitrato interno, invece, l'art. 829 c.p.c. nel testo anteriore alla riforma del 2006, considerava sempre possibile l'impugnazione del lodo per violazione di legge, salvo che le parti non avessero dichiarato il lodo non impugnabile.

717In questa ipotesi legittimati attivamente dovrebbero essere il ricusante, l'arbitro ingiustamente ricusato nonché la controparte. In tal senso, CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino,

settimo comma dell'art. 111 Cost.

La riforma del 2006 ha eliminato la disciplina specifica dell'arbitrato internazionale e stabilito che l'impugnazione del lodo, sia interno che internazionale, per violazione di legge sia possibile solo se espressamente ammessa dalle parti. Cionostante la corte di legittimità in successive pronunce non ha dato seguito al precedente, escludendo l'esperibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso l'ordinanza di rigetto della ricusazione.

Infatti, è necessario, altresì, considerare⁷¹⁸ che il carattere sommario del procedimento di ricusazione non legittima a ritenere che l'ordinanza presidenziale possa avere un effetto costitutivo sul rapporto che lega le parti all'arbitro ricusato, provocandone l'annullamento, né a tanto vale la sanzione di inefficacia dell'attività compiuta dall'arbitro ricusato o con il suo concorso. Il procedimento di ricusazione è piuttosto un procedimento incidentale al giudizio arbitrale che ha lo scopo di garantire la funzionalità dell'arbitrato, sotto il profilo dell'imparzialità del giudice privato, anche se ha l'effetto di incidere sul contratto di arbitrato, ma solo provocandone l'inefficacia *ex tunc* dell'attività compiuta dall'arbitro ricusato o con il suo concorso. Inoltre, ammettere la ricorribilità dell'ordinanza presidenziale *ex art. 111, comma sette, Cost.* potrebbe determinare una eccessiva dilatazione dei tempi del procedimento arbitrale e diventare uno strumento dilatorio nelle mani dei litiganti, ostacolando così il corretto e veloce funzionamento dello strumento di giustizia privata.

- Nell'ipotesi in cui la parte interessata non abbia provveduto tempestivamente a proporre l'istanza di ricusazione la dottrina è divisa.

Infatti, in queste ipotesi la giurisprudenza⁷¹⁹ considera le sentenze emesse

2005, p. 112; CONSOLO, *op. cit.*, p. 30. La soluzione è condivisa anche da autorevole dottrina che, ritenendo che il procedimento di ricusazione si sostanzia in un vero e proprio giudizio sul rapporto contrattuale tra le parti e tra queste e gli arbitri, tende ad ammettere l'esperibilità del ricorso per cassazione anche ad istanza dell'arbitro ricusato. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, 2008, p. 221 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. III, Torino, 2009, p. 428; DITTRICH, in TARZIA – LUZZATTO – RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995, p. 81 ss.

⁷¹⁸In tal senso, DITTRICH, in TARZIA – LUZZATTO – RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, *op. cit.*, p. 82.

⁷¹⁹Cass. 16 aprile 2004, n. 7252, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, p. 889; Cass. 27 febbraio 2004, n. 3975, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, p. 408.

dai giudici statali invalide e, dunque, impugnabili, solo se rese da un giudice titolare di un interesse diretto nella causa.

La corte di legittimità⁷²⁰ pertanto, distingue tra interesse diretto e indiretto facendo dipendere dalla distinzione effetti di notevole importanza. L'esistenza di un interesse diretto del giudicante nella controversia determina la nullità della sentenza pronunciata, in quanto ciò comporta la perdita della qualità di giudice, per assurgere a quella di parte. Al contrario, gli interessi indiretti rilevano ai fini della ammissibilità dell'istanza di ricusazione, ma non viziano la sentenza pronunciata.

Le conclusioni sono state trasposte anche in materia di arbitrato, in relazione al quale si distinguono due orientamenti.

Secondo un primo orientamento, la questione della parzialità dell'arbitro si esaurisce nell'alveo della ricusazione.

Secondo altro orientamento⁷²¹ la ricusazione ha un duplice effetto: rimuovere preventivamente l'arbitro parziale per sostituirlo con altro imparziale e prenotare l'impugnazione per nullità successiva del lodo emesso dall'arbitro parziale.

D'altra parte l'art. 829, primo comma, n. 2, c.p.c. subordina la proponibilità dell'impugnazione del lodo per tale motivo all'avvenuta deduzione della relativa nullità nel corso del giudizio arbitrale. L'onere della deduzione della nullità nel caso di vizio del lodo derivante dalla ricusabilità dell'arbitro non riveste la forma di eccezione, ma di proposizione dell'istanza di ricusazione⁷²². Pertanto se la parte non ha provveduto alla preventiva ricusazione, potrà impugnare il lodo solo in presenza di un interesse diretto

⁷²⁰Cass. 28 agosto 2004, n. 17192, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 3049; Cass. 30 ottobre 2008, n. 26110, in *Giuda al diritto*, 2009, 6, p. 84; Cass. 17 febbraio 1998, n. 1668, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3376.

⁷²¹PANZAROLA, *Intorno ai rimedi per denunciare la parzialità dell'arbitro*, nota a sent. Cass. 15 novembre 2010, n. 23056, in *Riv. Arb.*, 2010, p. 671 ss.

⁷²²In tal senso, MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, op. cit., p. 123 s. La Corte di legittimità sembra condividere tale orientamento nella sentenza 15 novembre 2010, n. 23056, in *Riv. Arb.*, 2010, p. 671 ss., ove l'istanza di ricusazione è equiparata *quoad effectum* all'eccezione di nullità. Anche se qualche dubbio sull'equiparazione deriva dalla lettera dell'art. 829, comma primo, n. 2 nella parte in cui esige che l'eccezione di nullità sia "dedotta nel giudizio arbitrale". Il problema è che l'istanza di ricusazione è avanzata al presidente del tribunale e, dunque, in altra sede, diversa dal giudizio arbitrale. Sarebbe necessario che di tale circostanza restasse testimonianza negli atti di causa. Cfr. PANZAROLA, *Intorno ai rimedi per denunciare la parzialità dell'arbitro*, nota a sent. Cass. 15 novembre 2010, n. 23056, in *Riv. Arb.*, 2010, p. 685.

del giudice privato⁷²³.

- Considerato che la proposizione dell'istanza di riconsuazione non sospende necessariamente il procedimento arbitrale è possibile che un lodo venga pronunciato dopo l'istanza di riconsuazione ma prima che il presidente del tribunale decida sulla stessa. Dunque, è possibile che in pendenza del procedimento di riconsuazione venga pronunciato e impugnato il lodo per gli stessi motivi oggetto della riconsuazione. L'eventuale accoglimento dell'impugnazione prima della decisione della riconsuazione determinerà la cessazione della materia del contendere del procedimento di riconsuazione. Nell'ipotesi in cui si concluda prima la riconsuazione, l'allegazione nel giudizio di impugnazione dell'ordinanza che riconsu l'arbitro vincolerà la corte di appello ad annullare il lodo, in quanto l'art. 815 c.p.c. stabilisce che l'attività compiuta dall'arbitro riconsuato è inefficace⁷²⁴.

6.2 L'impugnazione del lodo emesso dall'arbitro parziale

Ammessa l'astratta possibilità di impugnare il lodo per la parzialità dell'arbitro⁷²⁵ si pongono due ulteriori problematiche: in quale dei motivi elencati dall'art. 829 c.p.c. possa ricomprendersi la parzialità del giudice e quali situazioni previste nell'art. 815 (o secondo l'antecedente regime nell'art. 51) c.p.c. possono considerarsi causa di nullità del lodo.

La seconda questione è stata risolta dalla dottrina⁷²⁶ e dalla giurisprudenza nel senso che non tutte le violazioni delle norme previste dall'art. 815 c.p.c. producono la nullità degli atti processuali, ma solo l'ipotesi in cui il giudice

⁷²³In tal senso, anche PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2000, p. 213.

⁷²⁴MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, op. cit., p. 123 s.

⁷²⁵Per impugnare il lodo pronunciato deve sussistere un nesso di causalità fra parzialità e lodo. Tale nesso manca ogni volta che la deliberazione in questione sia stata pronunciata all'unanimità dai componenti del collegio arbitrale, nonché nell'ipotesi in cui l'arbitro parziale sia rimasto in minoranza. Dell'effettiva parzialità, inoltre, occorre fornire prova, che potrà configurarsi come una prova diretta o indiretta ovvero per induzione. Per dimostrare la parzialità si partirà dalla motivazione del lodo per poi avvalersi se necessario di presunzioni, che inducano il giudice tramite un ragionamento induttivo ad accertare la verità o meno del fatto da provare. Se la prova è raggiunta si potrà non solo impugnare il lodo, ma anche agire per la responsabilità civile dell'arbitro. Cfr. SPACCAPELO, op. cit., p. 380 ss.

⁷²⁶DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e riconsuazione del giudice civile*, Padova, 1991, p. 55.

sia direttamente interessato nella controversia, in quanto in questa situazione viene meno la figura stessa del giudice.

Pertanto si esclude la nullità del lodo nel caso di rapporti professionali tra arbitro e una delle parti, in quanto la presenza di tali rapporti non determina la radicale incapacità dell'arbitro di svolgere le sue funzioni, per essere la sua “terzietà viziata dalla esistenza di un interesse nella causa⁷²⁷”. Non possono, dunque, formare oggetto di impugnazione del lodo tutte le questioni relative all'imparzialità dell'arbitro che possono essere al contrario eccepite in sede di ricusazione, ma può formarne oggetto solo la nullità del lodo derivante dalla radicale incapacità dell'arbitro di svolgere la sua funzione.

A tal fine sono rilevanti esclusivamente quei legami attuali dell'arbitro con una delle parti in giudizio derivanti da una coincidenza di interessi ad una determinata soluzione della controversia, in quanto determinano il venir meno di un requisito fondamentale della *potestas iudicandi* ovvero la terzietà.

Resta tuttavia da comprendere in quale dei motivi di cui all'art. 829 c.p.c. sia sussumibile il vizio di terzietà del giudice privato.

Autorevole dottrina⁷²⁸ ritiene che tale motivo debba essere ricondotto al n. 2, del primo comma, dell'art. 829 c.p.c. La disposizione prevede, infatti, che il lodo può essere impugnato se gli arbitri non sono stati nominati con le forme ed i modi prescritti nei capi II e VI del titolo IV del codice di rito, purché la nullità sia stata dedotta nel corso del giudizio arbitrale.

L'ambito di tale strumento deve essere però definito tenendo conto dell'esistenza di un autonomo strumento e procedimento di ricusazione, che si chiude, per espressa previsione di legge, con un'ordinanza presidenziale non impugnabile.

A tale ricostruzione si è infatti obiettato⁷²⁹ che la *ratio* di tale motivo di impugnazione è di consentire un controllo del giudice statale sulla corretta

727Cass. 15 novembre 2010, n. 23056, in *Riv. Dir. proc.*, 2011, p. 389 ss. con di PUNZI, *Sui limiti di impugnabilità del lodo arbitrale per difetto di imparzialità dell'arbitro*.

728LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2009, p. 372; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, p. 126; CAVALLONE, *Il collegio arbitrale fra norme del codice di procedura civile e regole deontologiche*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, Milano, 1999, p. 39.

729SPACCAPELO, op. cit., p. 380 s., l'A. conclude nel senso che le ipotesi di ricusazione non fatte valere e quelle rigettate dal presidente del tribunale non possono essere poste da sole alla base di una richiesta di impugnazione del lodo.

formazione dei collegi arbitrali, ma un simile controllo sulla imparzialità dell'organo giudicante è già previsto specificamente dall'art. 815 c.p.c.

In secondo luogo, è necessaria la previa deduzione della relativa nullità nel corso del procedimento che, secondo alcuni, non può farsi coincidere con l'istanza di ricusazione respinta, dato che nessuna nullità derivante dalla presunta decadenza dell'arbitro dalle proprie funzioni può essere lamentata.

Secondo alcuni l'impugnazione per nullità sarebbe possibile ai sensi del n. 3 dell'art. 829 c.p.c. ovvero per violazione dell'ordine pubblico⁷³⁰, secondo altri ai sensi del n. 9 dello stesso articolo ovvero per violazione del principio del contraddittorio⁷³¹, in quanto tale principio garantisce la reciproca parità ai litiganti, impone a chi giudica di essere imparziale ed è, dunque, violato da una condotta arbitrale non equidistante.

L'inquadramento del vizio di parzialità nelle ipotesi suddette dipende ovviamente dalla circostanza concreta che provoca la parzialità arbitrale. Pertanto, nell'ipotesi in cui l'arbitro fazioso abbia prodotto documenti per la parte che lo aveva nominato senza comunicare alla controparte le nuove produzioni, impedendole così la possibilità di replicare e di difendersi, la parzialità configura un'ipotesi di violazione del contraddittorio.

Nell'ipotesi in cui la causa di ricusazione venga conosciuta solo dopo la pronuncia del lodo, l'orientamento maggioritario in dottrina esclude la

730 ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato*, A.A.V.V., a cura di Carpi, Bologna, 2007, p. 722. Discussa è la nozione di ordine pubblico rilevante ai fini dell'impugnazione del lodo. Si distingue l'ordine pubblico procedurale, da quello sostanziale. Mentre il primo è talvolta ritenuto coperto da altri motivi di impugnazione, come la violazione del principio del contraddittorio, al secondo è generalmente riservato un motivo di impugnazione distinto e specifico, come il n. 3, primo comma, dell'art. 829 c.p.c. Così TRECCANI, *In tema di arbitrato e diritto della concorrenza: lodo antitrust, ordine pubblico e motivi di revisione*, in *Riv. Dir. civ.*, 2008, p. 75 ss. L'ordine pubblico si distingue inoltre in: interno ed internazionale. Secondo l'orientamento dottrinale maggioritario l'ordine pubblico cd. interno è costituito dall'insieme delle norme giuridiche inderogabili ed imperative; mentre l'ordine pubblico internazionale è composto dall'insieme dei principi fondamentali dotati di imperatività nella coscienza collettiva di una comunità statale e svolge la funzione puramente negativa di impedire l'ingresso nell'ordinamento di norme o atti contrari, provenienti da altri sistemi giuridici. In tal senso, BARILE, voce *Ordine pubblico* (Diritto internazionale privato), in *Enc. Dir.*, vol. XXX, 1980, p. 1114 ss. Anche in materia di impugnazione del lodo vi è una contrapposizione tra chi ritiene l'insieme delle norme imperative e l'ordine pubblico nozioni sostanzialmente coincidenti (MENCHINI, *Impugnazione del lodo 'rituale'*, in Fazzalari, *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006, p. 199), e chi invece considera necessariamente contrastante con l'ordine pubblico, un lodo che violi norme inderogabili (LUISO, *L'impugnazione del lodo di equità*, in *Riv. Arb.*, 2002, p. 449 ss.). Sembra preferibile la prima definizione, considerato che se davvero vi fosse coincidenza tra norme imperative e ordine pubblico, l'art. 829, comma quattro, c.p.c. sarebbe privo di portata precettiva. Cfr. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009, p. 278.

731 FAZZALARI, op. cit., p. 4; LAUDISA, *Arbitrato nominato dalla parte o arbitro di parte (Cenni comparatistici)*, in *Riv. Arb.*, 1999, p. 372.

possibilità di impugnare il lodo per tale ragione, in quanto tale facoltà presterebbe il fianco a strumentalizzazioni ed abusi attribuendo alla parte soccombente di un lodo la possibilità di impugnarlo.

6.3 Rimedi contro il lodo emesso dall'arbitro parziale: cenni comparatistici

Il tema dei rimedi successivi esperibili avverso un lodo pronunciato da un arbitro parziale ha generato dibattuti ed incertezze applicative non solo in seno a dottrina e giurisprudenza italiane, ma anche negli ordinamenti stranieri esaminati.

Molte similitudini si riscontrano tra l'ordinamento giuridico francese, da tempo attento al tema dell'imparzialità arbitrale, e quello italiano.

Dall'esame della giurisprudenza francese non è possibile ricavare un dato certo in relazione al rapporto tra istanza di ricusazione e impugnazione del lodo per i medesimi motivi.

Sentenze recenti hanno espresso in modo rigoroso il principio per cui il ricorso di annullamento non è considerato per il ricorrente una seconda istanza in seguito all'infruttuoso tentativo di ricusazione⁷³². Pertanto la parte che conoscendo un motivo di ricusazione dell'arbitro non abbia tempestivamente eccepito la relativa istanza non potrà far valere lo stesso vizio in sede impugnazione del lodo.

In relazione alle concrete modalità di impugnazione del lodo per la parzialità dell'organo giudicante la dottrina e la giurisprudenza francese, come quella italiana, hanno considerato possibile il ricorso a quasi tutti i motivi elencati tassativamente nell'art. 1492 n.c.p.c. La parzialità dell'arbitro potrà manifestarsi concretamente in diverse attività a seconda della sua configurazione, un vizio meglio di un altro potrà essere eccepito per sanzionarla e annullare la decisione pronunciata.

Il legislatore inglese consente alle parti interessate di eccepire la parzialità dell'organo giudicante attraverso il ricorso all'impugnazione per seria irregolarità di cui alla sec. 68 Arbitration Act 1996. La parzialità dell'arbitro

⁷³²Paris, 6 aprile 1990, *Philipp Brothers*, in *Rev. Arb.*, 1990, p. 880.

determina infatti una violazione del *general duty* nel quale è senza dubbio compreso il dovere del tribunale di agire *fairly and impartially*. Anche nell'ordinamento giuridico inglese sembra ragionevole circoscrivere la nullità della pronuncia arbitrale unicamente alle ipotesi di parzialità effettiva escludendo la rilevanza di quella potenziale, la quale deve essere eccepita in sede di ricusazione e ivi risolta e, se non sollevata, deve ritenersi preclusa. Infatti sebbene in alcune pronunce le corti inglesi abbiano ritenuto possibile tale impugnazione anche per sanzionare una mera *potential bias*, l'orientamento maggioritario è restrittivo e ravvisa una “sostanziale ingiustizia” solo nella effettiva parzialità dell'arbitro. Per invocare la s. 68 dell'Arbitration Act sarebbe necessario un vero e proprio pregiudizio da parte del tribunale arbitrale e non sufficiente il mero timore di un possibile pregiudizio.

In relazione agli effetti derivanti dall'impugnazione del lodo occorre considerare che alle corti inglesi è lasciato un ampio margine di discrezionalità nella scelta del rimedio da utilizzare. Tuttavia, considerato che il vizio del lodo deriva dalla corretta formazione e costituzione del tribunale arbitrale lo strumento del rinvio agli arbitri per un riesame non potrebbe considerarsi adeguato.

6.4 Circolazione dei lodi

Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri sono regolati dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958⁷³³, che ha lo scopo di favorire la ricezione dei lodi al di fuori dell'ordinamento in cui sono stati emessi. Presupposti fondamentali per l'applicazione della disciplina convenzionale sono: l'esistenza di una sentenza arbitrale e l'estraneità della decisione all'ordinamento nel quale viene domandato il riconoscimento e l'esecuzione⁷³⁴.

⁷³³La convenzione è stata ratificata in Italia con la legge 19 gennaio, n. 62, pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 21 febbraio 1968, n. 46.

⁷³⁴Il giudizio di *exequatur* non prevede alcuna possibilità per il giudice dell'esecuzione di procedere ad una revisione nel merito della sentenza arbitrale. Il potere dell'autorità giudiziaria dello Stato di ricezione è limitato alla verifica della sussistenza delle condizioni previste dalla Convenzione ai fini del riconoscimento ed all'analisi delle eccezioni tassativamente indicate nell'articolo V. In particolare, il soggetto nei cui confronti è richiesto il riconoscimento o l'esecuzione del lodo può ottenere il rifiuto da parte del giudice, se eccepisce e dimostra la sussistenza di una delle seguenti circostanze: l'incapacità

L'articolo V della Convenzione, tuttavia, elenca in modo tassativo⁷³⁵ i vizi in presenza dei quali l'autorità giudiziaria dello stato di ricezione può rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali.

La violazione del dovere di imparzialità da parte dell'arbitro potrebbe integrare tre distinti motivi di rifiuto del riconoscimento del lodo pronunciato: violazione del principio del contraddittorio ai sensi della lett. b art. V, comma primo⁷³⁶; il mancato rispetto delle disposizioni dettate dalle parti, o, in assenza, dalla legge sulla costituzione del tribunale arbitrale, di cui alla lett. d art. V, comma primo⁷³⁷; la contrarietà all'ordine pubblico del Paese stesso, di cui alla lett. b art. V, comma secondo⁷³⁸.

Sotto il primo profilo, il riconoscimento dell'*award* potrebbe essere rifiutato in applicazione dell'articolo V (1) lett. b della Convenzione⁷³⁹. Il principio dell'*audiatur et altera pars*⁷⁴⁰ si traduce, infatti, nella necessità che la

delle parti, l'assenza di una valida convenzione arbitrale, la violazione del principio del contraddittorio, l'esorbitanza del lodo dal patto compromissorio, l'irregolarità nella costituzione dell'organo o nella procedura arbitrali e l'inefficacia della decisione. Il giudice dell'esecuzione potrà, inoltre, rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione del lodo, laddove risulti l'incompromettibilità della controversia oggetto della sentenza arbitrale ovvero la contrarietà all'ordine pubblico, ai sensi del secondo paragrafo dello stesso articolo V. BRIGUGLIO, *L'Arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999; ID., *Arbitrato estero e giurisdizione italiana*, Roma, 2004, passim; ATTERITANO, *Il «forum non conveniens» nei procedimenti di «enforcement» dei lodi arbitrali stranieri*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, 4, p. 1009 ss.

735La giurisprudenza è sul punto pacifica; tra le varie pronunce: App. Napoli, 20 febbraio 1975, in *Rass. arb.*, 1978, p. 143 ss; Areios Pagos 926/1973, in *Yearb. Comm. Arb.*, I, 1976, p. 187 ss.

736La disposizione prevede che “la parte contro la quale è invocata la sentenza non è stata debitamente informata della designazione dell’arbitro o della procedura d’arbitrato, oppure non sia stata in grado per altro motivo, di far valere i suoi mezzi”.

737Ai sensi della disposizione il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza saranno negati ove “ la costituzione del tribunale arbitrale o la procedura d’arbitrato non è stata conforme alla convenzione delle parti oppure, in mancanza d’una convenzione, alla legge del paese dove è avvenuto l’arbitrato”.

738Il secondo comma dell'art. V della Convenzione di New York individua due motivi in presenza dei quali il riconoscimento e l'esecuzione d'una sentenza arbitrale potranno essere negati dalla stessa autorità competente del paese dove sono domandati, e dunque d'ufficio: se l'oggetto della controversia, secondo la legge di tali paesi, non può essere regolato in via arbitrale o se il riconoscimento o l'esecuzione della sentenza sia contrario all'ordine pubblico.

739La *ratio* della disposizione è ravvisata nella volontà di far derivare solo da una seria violazione del giusto processo, che abbia compromesso la validità del giudizio in contraddittorio, un *ground for refusal* idoneo a bloccare l'enforcement, e non invece da ogni violazione concernente il diritto di difesa delle parti. In tal senso, ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale. Il principio del rispetto della volontà delle parti*, Milano, 2009, p. 223 ss.

740Il principio del contraddittorio risponde all'esigenza riconosciuta in ambito internazionale che venga rispettato il paritario trattamento dei soggetti del processo, in quanto il gioco dialettico posto in essere dalle parti è da considerarsi lo strumento migliore e più facilmente utilizzabile perché l'organo giudicante raccolga il materiale necessario all'emanazione del provvedimento più giusto. Cfr. VERDE, *Profili del processo civile. I. Parte generale*, Napoli, 2002, p. 106 ss.

decisione venga pronunciata da un organo giudicante, sia esso un giudice togato o un arbitro, che si trovi in una posizione di equidistanza e di uguale predisposizione ad ascoltare le ragioni dei contendenti.

Tuttavia il *favor* verso il riconoscimento dei lodi stranieri ha indotto a interpretare, nella maggior parte delle corti nazionali, l'eccezione della violazione del contraddittorio come un rimedio estremo, che consente di negare il riconoscimento solo per le violazioni e le limitazioni più gravi dell'”*equal opportunity to be heard*”. A tal fine, non è sufficiente la mera assenza di un dibattimento orale, ma è necessario che alle parti non sia stato riconosciuto dall'organo arbitrale il diritto di essere informate degli argomenti e delle prove addotte dall'altro contendente e di controbattere a tali deduzioni⁷⁴¹.

Interpretando la Convenzione secondo questa prospettiva, potrebbe considerarsi legittima la prassi degli *arbitrator – advocate* diffusa in Inghilterra. In tale ipotesi, infatti, il procedimento arbitrale è condotto da due arbitri, trasformati poi in difensori delle parti, ma il collegio arbitrale appare, omogeneo e rappresentativo in egual misura degli interessi di tutte le parti in causa. Pertanto non sembra potersi concludere che la prassi *ex se* determini un grave e concreto *vulnus* al principio del contraddittorio.

Tuttavia l'*enforcement* del lodo potrebbe essere negato anche per violazione della lett. b del para. 2 dello stesso articolo V. Tale disposizione prevede che il riconoscimento e la esecuzione di un lodo possano essere rifiutati se la competente autorità del Paese in cui lo si intende far valere lo reputi contrario all'ordine pubblico⁷⁴².

741In tal senso, VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer, 1981, p. 322 ss.

742Il significato da attribuire alla nozione di *public policy*, cioè se debba intendersi quale ordine pubblico internazionale o interno ha dato vita ad un acceso dibattito dottrinale. Il primo è concepito come un complesso di principi ispiratori dell'ordinamento nazionale idonei a fungere da barriera all'ingresso di soluzioni giuridiche straniere contrarie. Il secondo, invece, come insieme di principi inderogabili che limitano la volontà negoziale dei privati. Ai fini del riconoscimento delle sentenze straniere non è rilevante l'ordine pubblico internazionale, c.d. ordine pubblico- limite, bensì solo il c.d. ordine pubblico-barriera. Quest'ultimo è composto da principi base dell'ordinamento giuridico statale chiamato a ricevere il lodo richiesto. Tali principi possono tuttavia esprimere valori di diversa intensità, in particolare valori relativi, ovvero sentiti come importanti in una determinata comunità statale, ma non condivisi a livello internazionale, e valori assoluti, che godono di una trasversale condivisione nella Comunità internazionale. Solo questi ultimi compongono l'ordine pubblico internazionale e il loro rispetto rappresenta un limite al riconoscimento delle sentenze arbitrali. Si ritiene infatti possibile il diniego di *exequatur* per violazione della *public policy* solo in caso di compromissione delle “*most basic notions*”

Con l'espressione ordine pubblico si fa riferimento a quei valori riconosciuti fondamentali non solo in un data comunità statale, ma in ambito internazionale, e che fungono da barriere all'ingresso per soluzioni giuridiche straniere contrarie. La compromissione dei principi posti a tutela di tali valori essenziali per la Comunità internazionale può concernere sia il merito che la procedura arbitrale, si distingue perciò tra ordine pubblico processuale e ordine pubblico sostanziale.

Le limitazioni e violazioni del principio di imparzialità dell'organo giudicante rientrano nell'ambito applicativo dell'ordine pubblico processuale.

In realtà, secondo un certo orientamento dottrinale, non si potrebbe neanche parlare di un'attività decisoria nel caso in cui chi è chiamato ad assolverla versi in un una posizione di parzialità⁷⁴³. Tuttavia, non tutte le limitazioni del principio di imparzialità e terzietà dell'organo giudicante realizzano una compromissione della *public policy*.

Innanzitutto la giurisprudenza⁷⁴⁴ sia interna che straniera ritiene che la contrarietà di una sentenza arbitrale all'ordine pubblico debba essere valutata in relazione alla sua concreta attuazione, restando irrilevante il procedimento che ha condotto alla sua formazione.

Ovviamente però questa impostazione non esclude la rilevanza che hanno le violazioni dei principi cardine del processo, che si ripercuotono inevitabilmente sullo stesso dispositivo.

Tra tali principi sono compresi quello del contraddittorio e dell'imparzialità dell'organo giudicante.

Inoltre i giudici della maggior parte degli Stati aderenti alla Convenzione hanno fatto un uso prudente della clausola generale dell'ordine pubblico,

of morality and justice". Tra gli altri: BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Varese, 1963; FERRI, *Ordine pubblico (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 178 ss.; ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale cit.*, p. 315 ss.; SILVESTRI, *Riconoscimento ed esecuzione di sentenze arbitrali straniere negli Stati Uniti: esiste davvero il limite della "public policy"?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 607 ss.

⁷⁴³In senso conforme, BOVE, *Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e codice di procedura civile*, in *Riv. Arb.*, 2006, p. 21 ss., ove l'Autore riconosce al principio dell'imparzialità dell'organo arbitrale il rango di principio di ordine pubblico processuale, sancito dall'articolo 111 Costituzione, le cui violazioni legittimerebbero il rifiuto del riconoscimento dei lodi esteri.

⁷⁴⁴La concreta valutazione ha ad oggetto esclusivamente il dispositivo del lodo non anche le modalità della sua redazione. Cass. 17 marzo 1987, n. 3221, in *Riv. Dir. internaz. Priv. Proc.*, 1988, p. 714.

riservandola ai casi estremi di violazione della garanzia essenziale del *fair trial*⁷⁴⁵.

La giurisprudenza mostra un rilevante *favor* verso l'esecutorietà dei lodi, che ha determinato il convincimento per cui non è sufficiente l'esistenza di legami fra le parti e gli arbitri per negare l'*exequatur*⁷⁴⁶.

Valido motivo di diniego dell'*exequatur* è, infatti, rappresentato solo dall'esistenza di una cd. *actual bias*, ovvero di un lodo emesso da un tribunale arbitrale la cui imparzialità sia stata stata effettivamente compromessa⁷⁴⁷.

Non allo stesso modo si dovrebbe concludere se il difetto del giudice riguardasse la sua indipendenza e, dunque, l'esistenza di un motivo di ricusazione. In questo modo, la disposizione diventa una norma di chiusura del sistema idonea a tutelare l'imparzialità quale irrinunciabile garanzia del giudizio⁷⁴⁸ senza per ciò stesso diventare uno strumento dilatorio nelle mani delle parti.

Cosicché dovrebbero esser rigettate tutte quelle istanze proposte innanzi al giudice del riconoscimento e volte a far valere motivi che potevano fondare una domanda di ricusazione.

Interpretazione conforme, ma ancor più rigorosa, è condivisa dalla giurisprudenza tedesca che suggerisce al giudice dell'*exequatur* l'applicazione della c.d. *local remedies rule*. Tale principio subordina l'esperimento della tutela sovranazionale al previo esaurimento dei rimedi offerti alla parte interessata dagli ordinamenti nazionali. Il giudice

745Cfr. HANOTIAU – CAPRASSE, *Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention Belgian and French Perspective*, in *Journal of International Arbitration*, 2008, p. 734; SILVESTRI, *Riconoscimento ed esecuzione di sentenze arbitrali straniere negli Stati Uniti: esiste davvero il limite della "public policy"?*, op. cit., p. 612 ss.

746GEISINGER, *Implementing the New York Convention in Switzerland*, in *Journal of International Arbitration*, 2008, p. 704.

747L'orientamento maggioritario considera la regola dell'equidistanza dell'organo giudicante dai contendenti come uno dei principi fondamentali del processo, la cui compromissione integra senza dubbio una violazione dell'ordine pubblico internazionale. A tal fine si ritiene necessaria un'effettiva mancanza di equidistanza, non integrando un motivo di rifiuto dell'esecuzione la semplice possibile parzialità. V.: ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese: studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitrato in Inghilterra*, Torino, 2008, p. 307 ss.; MARINELLI, *Imparzialità dell'arbitro, ordine pubblico e circolazione dei lodi esteri*, in *Int'l Lis*, 2002, 1, p. 23 ss.

748Il rifiuto del riconoscimento di lodi emessi da arbitri parziali per violazione di ordine pubblico è stata confermata in molteplici precedenti di diversi paesi su cui si rinvia all'analisi di VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958: Toward a Uniform Judicial Interpretation*, Springer, 1994, p. 359 ss.

dell'esecuzione dovrebbe, dunque, rigettare le istanze di opposizione al recepimento delle sentenze arbitrali in tutti i casi in cui la parte opponente non si sia avvalsa dei mezzi di tutela riconosciuti dalla legge della sede. La parzialità dell'organo arbitrale potrebbe rilevare in sede di *enforcement* dell'*award* solo nell'ipotesi in cui la parte interessata non sia stata in grado di eccepire la doglianza nello Stato della sede dell'arbitrato o l'abbia fatto senza successo⁷⁴⁹.

La necessità del previo esperimento della riconsuzione, condivisa anche da parte della dottrina italiana⁷⁵⁰, ha la funzione di impedire che le parti utilizzino il giudizio di riconoscimento dei lodi alla stregua di un mezzo dilatorio per ostacolare la esecuzione delle sentenze arbitrali.

CONCLUSIONI

Le attività poste in essere dal giudice privato sono ordinate “da valori etici, taluni canonizzati da norme, altri no”.

Il valore dell'imparzialità viene tutelato, come abbiamo precisato, attraverso molteplici strumenti. Le autorità statuali predispongono a tal fine rimedi quali la riconsuzione, l'impugnazione del lodo e, alcune di esse, il *duty of disclosure*.

Ma questi non sono che “tentativi di «giuridificare» la deontologia dell'arbitro”⁷⁵¹.

Nessuno dei rimedi predisposti come presidio dell'imparzialità del giudice privato è effettivamente idoneo ad assicurarla.

749 Al riguardo non mancano opinioni contrarie, secondo cui non è vietato opporre, in sede di esecuzione dei lodi stranieri, vizi che sarebbero stati deducibili con rimedi contemplati dalla legge dello Stato di riferimento. Le parti sarebbero infatti libere di scegliere se eliminare *in toto* il lodo nel paese d'origine sperando i *local remedies*, ovvero di intraprendere una strategia difensiva meno radicale, lasciando in vita il lodo nell'ordinamento di emissione, ma impedendone la circolazione extramunicipale. Cfr. MARINELLI, *Imparzialità dell'arbitro, ordine pubblico e circolazione dei lodi esteri*, in *Int'l Lis*, 2002, 1, p. 23 ss.; ZUFFI, *Peculiarità inglesi in tema di composizione dell'organo arbitrale (specie se integrato da un umpire) e riconoscimento dei lodi*, *ibidem*, 2005, 1, p. 33 ss.

750 Cfr. MARINELLI, *Imparzialità dell'arbitro, ordine pubblico e circolazione dei lodi esteri*, op. cit., p. 24; BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, in AA. VV., *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, p. 470; SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, op. cit., p. 415. L'A. precisa che mentre il previo esperimento dell'istanza di riconsuzione nel Paese di origine è necessario al fine di ottenere il diniego dell'*exequatur* del lodo, non lo è l'impugnazione dello stesso per difetto di imparzialità. Alla parte interessata è rimessa la scelta di agire impugnando il lodo nel Paese di emissione ovvero contrastarne il riconoscimento nello Stato in cui se ne richiede l'esecuzione.

751 PICARDI, *Vent'anni di rivista dell'arbitrato nel ricordo di Elio Fazzalari*, atti del convegno tenutosi in Roma, il 2 dicembre 2011.

L'assenza di prevenzioni e pregiudizi riguardo alla singola lite rimane necessariamente affidata al corredo etico del singolo arbitro. Solo un buon arbitro darà luogo infatti ad un buon arbitrato.

Il rispetto da parte dell'arbitro delle disposizioni normative rientra nell'alveo della legittimità, ma il suo comportarsi secondo giustizia rientra nell'etica individuale di ciascuno di essi.

“Che il giudizio sia giusto o meno all'ordinamento giuridico non interessa: *tu l'as voulu*, egli risponde a chi si lamenta. Solo se il giuoco non è stato secondo le regole l'ordinamento interviene (...)”⁷⁵².

⁷⁵²SATTA, *Postilla*, in *Foro it.*, 1955, p. 1059.

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO I

ALPA, *Appunti sull'arbitrato inglese, Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, in *La nuova giur. civ. comm.*, Padova, 1994, p. 443 ss.

ATRILL, *Who is the 'fair-minded and informed observer'?*, 2003, 62 (2) C.L.J. 279, p. 283.

ATTERITANO, *Il «forum non conveniens» nei procedimenti di «enforcement» dei lodi arbitrali stranieri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 4, p. 1009 ss.

BERNSTEIN-TACKABERRY-MARRIOTT-WOOD, *Handbook of arbitration practice*, London, 1998.

BERNINI, *Quale arbitrato?*, Convegno AIA, *L'arbitrato: un servizio per l'impresa*, Torino, 10 ottobre 1991.

BRADLEY, *The constitutional position of the judiciary*, in *English Public Law*, Oxford, 2005, p. 333 ss.

BRIGUGLIO, *Arbitrato estero e giurisdizione italiana*, Roma, 2004.

ID., *L'Arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999.

BRUNELLI, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 2, p. 351.

CONSOLO, *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, p. 17.

CRIFÒ, *La impugnazione del lodo nell'Arbitration Act inglese del 1996*, in *Riv. Arb.*, 2001, p. 127 ss.

DANOVI, *Commentario al codice deontologico forense*, Milano, 2004.

DI MEO, *Brevi note in tema di clausola compromissoria nel diritto inglese*, in *Riv. del notariato*, 1998, f. 1-2, p. 101 ss.

EASTWOOD, *A real danger of confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrators*, in *Arb. Int.*, 2001, vol. 17, n. 3, p. 292.

FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 2 ss.

GOODMAN – EVERARD, *Cultural Diversity in International Arbitration – A Challenge for Decision – Makers and Decision – Making*, in *Arbitration*

International, 1991, 2, p. 155 ss.

GRANDE STEVENS, *Una finestra sul mondo della deontologia arbitrale*, in *Rass. forense*, 1990, p. 285.

HARRIS – PLANTEROSE – TECKS, *The Arbitration Act 1996. A commentary*, Oxford, 2007.

IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990.

LALIVE, *On the neutrality of arbitrator and of the place of arbitration*, in *Essay on International Arbitration*, 1984, p. 23 ss.

MALLESON, *Rethinking the Merit Principle in Judicial Selection*, in *Journal of Law and Society*, 2006, p. 126 ss.

MARINELLI, *Imparzialità dell'arbitro, ordine pubblico e circolazione dei lodi esteri*, in *Int'l Lis*, 2002, 1, p. 23 ss.

MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009.

ID., *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1334 ss.

MC. DONALD, *Maritime Arbitration in London – 1996 and beyond: a short guide to the Arbitration Act 1996*, in *Int. M.L.*, 1996, 9, p. 292 ss.

MERKIN, *Arbitration Act 1996, An annotated guide*, London, 1996, p. 12 ss.

MOCCIA, *Il sistema di giustizia inglese. Profili storici e organizzativi*, Rimini, 1989.

MUSTILL e BOYD, *Commercial Arbitration*, Butterworths, 1989, 2^a ed.

PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998.

PARRIS, *The law and practice of arbitrations*, Londra, 1974.

PASSANANTE, *Il problema della natura del lodo alla luce del diritto inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1405 ss.

PILLITTERI, *L'arbitration act 1996: l'attesa riforma della legge inglese sull'arbitrato*, in *Dir. comm. int.*, 1997, 4, p. 803 ss.

PRENDINI, *Imparzialità ed apparenza di imparzialità del giudice. L'esperienza inglese*, in *Int'l Lis*, 2008, p. 38 ss.

RICCIARDI, *La scelta degli arbitri e la costituzione del collegio arbitrale: deontologia e prassi*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 793 ss.

RHIDIAN THOMAS, *The law and practice relating to appeals from arbitration awards: a thematic analysis of the arbitration act 1979*, London, 1994.

ROSE D.A., *The Challenges for Uniform Law in the Twenty – First Century*,

in *Uniform law review*, 1996, I, p. 9 ss.

SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 409 ss.

SANDERS, *Should England maintain the court control by means of the special case stated?*, in *Rass. arbitrato*, 1964, p. 1 ss.

SCHMITTHOFF, *The Supervisory Jurisdiction of the English Courts*, in *International Arbitration liber amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967.

SIMMONDS – HILL – JARVIN, *Commercial Arbitration Law in Asia and in the Pacific*, I - II, Parigi, 1987.

STEVENS R., *Judicial Independence in England: a Loss of Innocence*, in Russel e O' Brien, *Judicial independence in the age of democracy, critical perspectives around the world*, University of Virginia Press, 2001, p. 155 ss.

ID., *The Independence of the Judiciary: the View of the Lord Chancellor Office*, Oxford, 1993.

SUTTON-KENDALL-GILL, *Russell on Arbitration*, Londra, 1997.

SUTTON-GEARING-GILL-RUSSELL, *Russell on Arbitration*, Londra, 2007.

SUTTON – GILL, *Russell on arbitration*, Sweet & Maxwell, 2003.

TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. Arb.*, 1997, p. 481 ss.

VIGORITI, *Riflessioni comparative sull'Arbitration Act 1996*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 37 ss.

WALTON – VICTORIA, *Russell on Arbitration*, ed. XX, London, 1982.

LORD WINDLESHAM, *The Constitutional Reform Act 2005: Ministers, Judges and Constitutional Change*, *Public Law*, 2005, p. 806.

ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese: studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitrato in Inghilterra*, Torino, 2008.

CAPITOLO II

ALPA, *Appunti sull'esperienza francese*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata. Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, a cura di ALPA - GALLETTO, Padova, 1994, p. 422 ss.

AMOROSI, *L'impugnazione per nullità della sentence arbitrale*

- nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 104 ss.
- BELLET, *Des arbitres neutres et non neutres*, in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bale, 1993, p. 399 ss.
- BERNARDINI, *Arbitrato con pluralità di parti e designazione degli arbitri: uguaglianza delle parti e imparzialità degli arbitri*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 99 ss.
- BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, Milano, 1987.
- BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 1551.
- BREDIN, «*Qu'est-ce que l'indépendance du juge?*», in *Justice*, 1996, 3, p. 165.
- CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930.
- CERINO CANOVA - CONSOLO, voce *Impugnazioni*, I, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1993, p. 7 ss.
- CESÀRO, *Il diritto dell'arbitrato in Francia e la sua influenza in Europa*, in *Riv. dir. impresa*, 1996, II, p. 451 ss.
- CLAY, *La consécration de la révélation*, in *Rev. Arb.*, 2009, n. 1, p. 191 ss.
- ID., *L'arbitre*, préface de Fouchard. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2001, spéc. n. 378 – 395.
- CORNU, *Présentation de la Réform*, in *Rev. Arb.*, 1980, p. 583.
- CORNU - FOYER, *Procédure Civile*, Paris, 1996.
- CRÉPIN – FOUCHARD, *Les sentences arbitrales devant le juge français: pratique de l'exécution et du contrôle judiciaires depuis les réformes de 1980 – 1981*, Parigi, 1995.
- CUCHE – VINCENT, *Précis de procédure civile*, Parigi, 1963.
- DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Parigi, 1990, p. 22, n. 11.
- DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire, L'arbitrage*, Louvainla-Neuve, 2000.
- D'ONOFRIO, voce *Gravami*, in *Nuovo dig. it.*, VI, 1938, p. 488 ss.
- DI PAOLA, *Parigi è frequente sede di arbitrati internazionali ma la Cassazione francese spreca l'occasione di chiarire il rapporto tra (vana) ricusazione d'arbitro e posteriore annullamento di lodo, causati dagli stessi fatti*, in *Dir. comm. int.*, 2011, p. 133 ss.
- DI PAOLA – SABATINI, *L'obbligo di disclosure dell'arbitro: la Corte*

d'Appello di Parigi si schiera contro gli arbitri che fanno parte dei grandi studi associati, in *Dir. comm. int.*, 2009, p. 179 ss.

FOUCHARD, *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, in *Rev. dr. Int. Comp.*, 1982, p. 29.

FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, §1041 - 1047, p. 590 ss.

GIOVANNUCCI ORLANDI, *Ricusa degli arbitri*, in A.A.V.V. *Arbitrato, Commentario*, a cura di Carpi, Bologna, 2007, p. 288.

GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, 2003.

ID., *Procédure civile*, Paris, 1996.

GUYON, *L'arbitrage*, Paris, 1995, p. 63 ss.

HABSCHEID, *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, Rimini, 1985.

HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, PhD Parigi, 2001, p. 188 ss.

ID., *Les obligations d'indépendance et information de l'arbitre a la lumière de la jurisprudence récente*, in *Rev. Arb.*, 1999, n. 2, p. 214 – 215.

HIRSCH, *Les arbitres peuvent – ils connaître les avocats des parties? Critique s'une nouvelle notion de l'indépendance des arbitres dans le arbitrages CCI*, in *Bull. Asa*, 1990, p. 7.

JARROSSON, *La procédure arbitrale et l'indépendance de arbitres*, in *Rev. Arb.*, 1988, p. 748 ss.

JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, 1987.

ID., *Quelques précisions sur la qualification de sentence arbitrale et l'indépendance de l'arbitre*, in *Rev. Arb.*, 1986, p. 62 ss.

JARROSSON – PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Rev. Arb.*, 2011, n. 1, p. 6.

LALIVE, «*Sur l'impartialité de l'arbitre international en Suisse*», *Semaine Judiciaire*, 1990, p. 3 ss.

LEVEL, *L'amiable composition (dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage)*, in *Reveu de l'arbitrage*, 1980, p. 651 ss.

LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981.

LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Parigi, 1980.

LOUSSOUARN, *Les voies de recours dans le décret du 14 mai 1980 rélatif à l'arbitrage*, in *Rev. Arb.*, 1980, p. 671 ss.

- MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 1998.
- MARINUCCI, *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 4, p. 1327 ss.
- MATRAY - DE LEVAL, *L'arbitrage: travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Bruxelles, 1989.
- MINOLI, *Relation entre partie et arbitre*, in *Rev. Arb.*, 1970, p. 221 ss.
- MINOLI, *Indépendance de l'arbitre, relations entre partie et arbitre, in qualification de l'arbitre international, symposium du comité français de l'arbitrage*, Paris 20 nov., in *Rev. Arb.*, 1970, p. 221 ss.
- MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile (organisation judiciaire, compétence, procédure)*, II, Parigi, 1949.
- MOREAU, *Le prononcé de la sentence arbitrale entraîne – t- il le dessaisissement de l'arbitre?*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, p. 453 ss.
- ID., *La sanction du défaut d'indépendance d'un arbitre par rapport à une partie*, in *Rev. Arb.*, 1983, p. 86 ss.
- PERROT, *La riforma dell'arbitrato in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 416 ss.
- ID., *L'intrépretation des sentences arbitrales*, in *Reveu de l'arbitrage*, 1969, p. 7 ss.
- PACLOT, *L'arbitrage institutionnel (dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage)*, in *Reveu de l'arbitrage*, 1980, p. 598 ss.
- RICCI E. F., voce *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, I) *Diritto processuale civile*, XII, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 4 ss.
- ROBERT, *Arbitrage civil et commerciale*, Parigi, 1967.
- ROBERT, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 1983.
- ID., *Influence sur la validité de l'arbitrage des rapports antérieurs des arbitres avec les parties*, in *Rev. Arb.*, 1969, p. 44 ss.
- RONDEAU – RIVIER, *La sentence arbitrale, Arbitrage*, in *Juris Classeur, Procédure Civile*, Paris, 1996, fasc. 1046, n. 4, p. 2 ss.
- VEEDER, *L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre dans l'arbitrage international*, in *Médiation et Arbitrage*, Cadet – Caly – Jeuland, Litec, 2005, p. 219 ss.
- WITT WIJNEN, *The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International*

Arbitration Three Years On, in *ICC Bulletin*, 2007, *Special Supplement*, *Independence of Arbitrators*, p. 107 ss.

CAPITOLO III

A.A.V.V., *Zivilprozessrecht*, Monaco, 2004.

BAUMBACH – LAUTERBACH – ALBERS – HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, Monaco, 2009.

BERGER, *The new Arbitration law in international perspective*, Kluwer law international, The Netherlands, in *Forum Internationale*, 2000.

ID., *Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit – The New German Arbitration Law*, Köln, 1998.

BERNINI, *Report*, in *The Arbitral Process and Independence of Arbitrators*, ICC, Paris, 1991.

BOSCH, *Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren*, Tübingen, 1991.

BROCHES, *Commentary to UNCITRAL*, in *International Handbook on Commercial Arbitration*, London - Boston, 1998, IV.

D'ALESSANDRO, *Il giudizio di annullamento del lodo arbitrale nell'ordinamento tedesco dopo la riforma del 1998*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 563 ss.

DORE, *Arbitration and conciliation under the UNCITRAL rules: a textual analysis*, Boston, 1986.

GEIMER, *sub par.* 1035, Rn. 23, in *Zivilprozessordnung*, a cura di Zöller, XXIV ed., Köln, 2004.

GIARDINA, *Il procedimento arbitrale: diritto italiano e diritto tedesco*, in *Riv. Arb.*, 1999, p. 393 ss.

HABSCHEID, *Il nuovo diritto dell'arbitrato in Germania*, trad. it. di Briguglio, in *Riv. arb.*, 1998, p. 175 ss.

ID., *Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit*, in *JZ*, 1998, p. 445 ss.

ID., *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, Rimini, 1985.

ID., *Schiedsgerichtsbarkeit und Staatsaufsicht*, in *Konkurs – Treuhand- und Schiedsgerichtswesen*, 1959, p. 113 ss.

HENN, *Schiedsverfahrensrecht*, Heidelberg, 2000.

HOLTZMANN - NEUHAUS, *A guide to the UNCITRAL MODEL LAW on*

International Commercial Arbitration, Deventer, Boston, 1989.

JAUERNING, *Zivilprozessrecht*, Monaco, 1991.

KOLLER, *Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutivbehörde?*, Francoforte sul meno, 1997.

LUISO, *Controversie societarie, clausola binaria e ruolo delle camere arbitrali nelle controversie con pluralità di parti*, in *www.judicium.it*, 30 novembre 2007.

MAGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1998, p. 999 ss.

OSTERTHUN, *Das neue deutsche Recht der Schiedsgerichtsbarkeit*, in *TranspR*, 1998, p. 181 ss.

RECCHIA, *Voce Arbitrato, VII) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1995, p. 1 ss.

ID., *Riforme legislative straniere sull'arbitrato, Parte I*, in *Riv. Arb.*, 1991, p. 178.

RESS, *Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, in *The Arbitration – L'arbitrato – Le arbitrage – El arbitrage – A Arbitragem – Das Schiedsgerichtsverfahren*, Milano, 1991, p. 337 ss.

ROSENBERG – SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, Monaco, 1993.

RUFFINI, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in AA. VV., *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Padova, 1997, p. 671 ss.

SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999.

SANGIOVANNI, *La ricusazione dell'arbitro nella legge e nella giurisprudenza tedesche*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 891 ss.

ID., *La compromettibilità in arbitri nel diritto tedesco*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 219 ss.

ID., *Il rapporto contrattuale tra gli arbitri e le parti nel diritto tedesco*, in *I contratti*, 8 -9, 2005, p. 827 ss.

ID., *L'applicazione in Germania della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 41 ss.

ID., *Le fasi iniziali del procedimento arbitrale tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, I, p. 533 ss.

ID., *Il lodo arbitrale nel diritto tedesco*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 2, p. 437 ss.

ID., *La forma della convenzione arbitrale nel diritto tedesco*, in *Riv. Arb.*,

- 2002, p. 591 ss.
- ID., *La costituzione del tribunale arbitrale nel diritto tedesco*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 581 ss.
- SCHEFOLD, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, in AA. VV., *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, a cura di Gambino, Milano, 2004, p. 259.
- SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, 1935.
- SCHLOSSER, *L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre en droit allemand*, in *Riv. Arb.* 2005, p. 8 ss.
- ID., *La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1998, p. 12 ss.
- SCHWAB – WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar*, Monaco, 1990.
- SCHWAB – WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Monaco, 2000.
- SCHWYTZ, *Schiedsklauseln und Schiedsrichtervertrag*, Heidelberg, 2001.
- SOMMA, *L'arbitrato interno nell'ordinamento tedesco*, in *Riv. Arb.*, 1995, p. 153 ss.
- ID., *L'istituto arbitrale nel diritto tedesco: spunti introduttivi*, in *Vita Notarile*, 1994, 2, p. 1055 ss.
- TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. Arb.*, 1997, p. 481 ss.
- VIGORITI, *Verso un diritto comune dell'arbitrato: note sulla sentenza arbitrale e la sua impugnazione*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 210 ss.
- WALTER, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania – Svizzera – Italia)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 672 ss.
- WAX – WENZEL, *Munchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. III, Monaco, 2008.
- ZUCCONI GALLI FONSECA, *Qualche riflessione sulla clausola binaria nell'arbitrato con pluralità di parti*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 752 ss.

CAPITOLO IV

- ALVARADO VELLOSO, *El arbitraje: solución de conflictos de intereses*, in *ReCiVA*, 1, 1998, p. 26.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *Procedura di insolvenza ed arbitrato nelle ultime riforme legislative in Spagna*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1, 2010, p. 146

ss.

ID., *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*, Granada, 1996.

ARAGONESES P., *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, 1960.

ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*, Madrid, 2010.

BARONA VILAR, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2005.

CUCARELLA GALIANA, *Arbitrato e tutela cautelare in Spagna: prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1, p. 229 ss.

CUGURRA, *Considerazioni sull'attuale sistema degli atti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, XXII, p. 48.

FAIRÈN GUILLÈN, *La potestad jurisdiccional*, in *Revista de Derecho Judicial*, 1972, 51-52, p. 45 ss.

FOUCHARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Parigi, Litec, 1996.

GOLDSCHMIDT W., *La imparcialidad como principio básico del proceso (La "parcialidad" y la parcialidad)*, in *Revista de Derecho Procesal*, 1950, p. 184 ss.

GUASP, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1968.

IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990.

LA CHINA, *La nuova legge spagnola sull'arbitrato*, in AA. VV., *Studi in memoria di Augusto Cerino Canova*, Bologna, 1992, p. 749 ss.

LORCA NAVARRETE, *Se aprueba el proyecto de ley que reformará la vigente ley de arbitraje*, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2010, 1, tomo XXII, p. 625 ss.

ID., *Algunas anotaciones sobre la garantía de la independencia e la imparcialidad del árbitro*, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1, 2009, tomo XXI, p. 578 ss.

ID., *Tienen que ser las instituciones arbitrales independientes y imparciales?*, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2006, 3, tomo XVIII, p. 436 ss.

ID., *Tratado de derecho de arbitraje*, San Sebastian, 2003.

ID., *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Madrid, 2000.

LETURIA INFANTE, *Ampliación del ámbito del arbitraje. Una solución estructural para algunos de los problemas de la justicia civil*, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2010, 1, XXII, p. 23 ss.

MANRESA-NAVARRO-REUS-GARCIA, *La Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1861.

MATHEUS LÓPEZ, *La independencia e la imparcialidad del árbitro*, San Sebastian, 2009.

MONTERO AROCA, *Sobra la imparcialidad de juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999.

ID., *Comentario breve a la ley de Arbitraje*, Madrid, 1990.

ID., *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid, 1990.

ID., *La función jurisdiccional y el "status" de jueces y magistrados*, in *Trabajos de derecho procesal*, Barcellona, 1988.

MORATÒ, *El Derecho Civil Español*, Reimp. De la ed. de Valladolid. Imp. Y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, Madrid, 1877.

MULLERAT, *La anulación del laudo arbitral*, in *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1995, vol. XI, p. 113 ss.

MUNNÉ CATARINA, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Barcellona, 2004.

OSTELLS RAMOS, *Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil*, in *Actualidad Civil*, 1996, n. 4, p. 925 ss.

PÉREZ CONESA, *Reforma de la Ley de Arbitraje introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, in *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5/2011, parte Comentario, Pamplona, 2011, p. 1117.

PIZARRO MORENO, *La abstención y la recusación como mecanismos de evaluación de la imparcialidad en el arbitraje*, in *Revista de derecho patrimonial*, n. 23, 2009, parte varia, Pamplona, p. 169 ss.

PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1972.

RAMOS, *Derecho procesal civil*, I, Barcellona, 1992.

ROTONDI, *The arbitration. L'arbitrato. L'arbitrage. El arbitrage. A arbitragem. Das schiedsgerichtsverfahren*, Milano, 1991.

SIMON, *La independencia del juez*, Barcellona, 1985.

YANEZ VELASCO, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia, 2004.

VIRGA, *Diritto Costituzionale*, Varese, 1976.

CAPITOLO V

ALLORIO, *In tema di ricusazione del giudice e di qualificazione degli estremi a ciò richiesti*, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, p. 513 ss.

ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964.

AKSEN, *The constitution of arbitral tribunals. Proper bounds for communications between counsel and party arbitrators*, 14° Colloquio CCI – CIRDI – AAA, Washington, 21 novembre 1997.

ASPRONE, *Il principio di imparzialità nel diritto comparato*, Roma, 2011.

ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale. Il principio del rispetto della volontà delle parti*, Milano, 2009, p. 223 ss.

ID., *Il «forum non conveniens» nei procedimenti di «enforcement» dei lodi arbitrali stranieri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 4, p. 1009 ss.

AULETTA – CALIFANO – DELLA PIETRA – RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato: studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010.

BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Varese, 1963.

BARILE, voce *Ordine pubblico* (Diritto internazionale privato), in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, p. 1114 ss.

BERNINI, *Quale arbitrato?*, Convegno AIA, *L'arbitrato: un servizio per l'impresa*, Torino, 10 ottobre 1991.

BIAMONTI, *La funzione dell'arbitro*, in *La legge di riforma della disciplina dell'arbitrato*, Atti del convegno dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato, Roma 15 aprile 1994, p. 146.

BISHOP – REED, *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party – Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, *Arb. Int'l*, 395, 1998, p. 27 ss.

BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Il nuovo processo civile*, Bove-Cecchella, Milano, 2006, p. 72 ss.

ID., *Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e codice di procedura civile*, in *Riv. Arb.*, 2006, p. 21 ss.

BRIGUGLIO, *Epigramma sulla ricusazione degli arbitri (con due note a piè di pagina)*, in *Giur. it.*, 2004, p. 460.

ID., *Arbitrato estero e giurisdizione italiana*, Roma, 2004.

ID., *L'Arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova,

1999.

ID., *Commento all'art. 815 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Briguglio – Fazzalari – Marengo, Milano, 1994, p. 90 ss.

CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2007.

ID., *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 51.

CARPI – LUPOI (a cura di), *Essays on transnational and comparative civil procedure*, Torino, 2001.

CARRARA, *Regole di condotta per i colloqui di selezione degli arbitri*, in *Riv. Arb.*, 2008, p. 425 ss.

CECCHIELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005.

ID., *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1995, p. 219 ss.

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Napoli, 1934.

CHIRICO, *La ricusazione dell'arbitro di parte*, in *Corr. giur.*, 1997, n. 12, p. 1449 ss.

CLAY, *L'arbitre*, Paris, 2001.

CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in *Riv. Arb.*, 2005, p. 728 ss.

ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 2004.

ID., *Arbitri di parte non «neutrali»?* , in *Riv. Arb.*, 2001, p. 16 s.

ID., *Elasticità convenzionale della disciplina dell'imparzialità dell'arbitro e nuovo art. 836 c.p.c.*, in *Riv. Arb.*, 2000, p. 445 ss.

ID., *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, p. 20 ss.

ID., *Ricusazione ex artt. 815 e 51 comma 2 c.p.c. tutt'altro che indiscriminata*, in *Corr. giur.*, 1997, n. 12, p. 1461 ss.

CUSA, *La società di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 779 ss.

DANOVI, *Commentario al codice deontologico forense*, Milano, 2004.

DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 167 ss.

ID., *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991.

DOMKE, *The law and practice of commercial arbitration*, Mundelein, 1968.

EL – YOUSSEF, *The Independence of International Arbitrators: An Arbitrator's Perspective*, in *Independence of Arbitrators, ICC Bulletin*, 2007

Special Supplement, p. 50 ss.

FAZZALARI, *L'arbitrato nell'era della «mondializzazione»*, in *Riv. Arb.*, 2000, p. 227 ss.

ID., *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, p. 3 ss.

ID., *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1994, p. 18 ss.

ID., *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 4 ss.

FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006.

FERRI G.B., *Ordine pubblico (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 178 ss.

FRADEANI, *Scritti di diritto processuale civile comparato*, Macerata, 2009.

GEISINGER, *Implementing the New York Convention in Switzerland*, in *Journal of International Arbitration*, 2008, p. 704 ss.

GIACOBBE, *Sull'esistenza di un obbligo dell'arbitro di essere imparziale*, in *Riv. trim. appalti*, 2000, p. 382 ss.

GIOVANNUCCI ORLANDI, *L'imparzialità dell'arbitro: essere o apparire*, in *Contratto e impresa*, 1994, 3, p. 1201.

GORLA, *Diritto comparato (voce)*, in *Enc. dir.*, 1964, p. 832 ss.

GRANDE STEVENS, *Una finestra sul mondo della deontologia arbitrale*, in *Rass. forense*, 1990, p. 285.

HABSCHEID, *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, Rimini, 1985.

HANOTIAU – CAPRASSE, *Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention Belgian and French Perspective*, in *Journal of International Arbitration*, 2008, p. 734 ss.

LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011.

ID., *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1995.

ID., *Giudice (astensione e ricusazione)*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ. IX, Torino, 1993, p. 26 ss.

ID., *Il giudice «politico» e la ricusazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 739.

LALIVE, *Sur des dimensions culturelles de l'arbitrage international*, in AA. VV., *Theory of International Law at the Threshold of the 21 Century, Essay in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague – Boston – London, 1996, p. 771 ss.

LAUDISA, *Arbitro nominato dalla parte o arbitro di parte (Cenni*

comparatistici), in *Riv. Arb.*, 1999, p. 371 ss.

LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2009.

ID., *L'impugnazione del lodo di equità*, in *Riv. Arb.*, 2002, p. 449 ss.

LUZZATTO, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 272 ss.

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. III, Torino, 2009.

MARINELLI, *Imparzialità dell'arbitro, ordine pubblico e circolazione dei lodi esteri*, in *Int'l Lis*, 2002, 1, p. 23 ss.

MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano 2009.

MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, 2008.

MIRABELLI, *Scelta dell'arbitro e rapporto parti arbitri*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 330 ss.

MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 1923.

NELA, *Commento all'art. 815 c.p.c.*, in A.A.V.V., *Le recenti riforme del processo civile*, Commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, p. 1709 ss.

PANZAROLA, *Intorno ai rimedi per denunciare la parzialità dell'arbitro*, in *Riv. Arb.* 2010, p. 671 ss.

ID., *Su alcuni profili della ricusazione degli arbitri*, in *Riv. Arb.*, 2008, p. 261 ss.

ID., *Sull'impugnabilità della ordinanza di rigetto della istanza di ricusazione*, in A. Panzarola, R. Martino, N. Picardi, *La giurisdizione nella esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Milano, 2008, a cura di R. Martino, p. 305 ss.

PICARDI, *Vent'anni di rivista dell'arbitrato nel ricordo di Elio Fazzalari*, atti del convegno tenutosi in Roma, il 2 dicembre 2011.

PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, I, 2000.

RANA, *Il giudice e la moglie di Cesare ovvero: giudice «politico» e tutela delle parti*, in *Giur. it.*, 1997, p. 12 ss.

RICCIARDI, *La scelta degli arbitri e la costituzione del collegio arbitrale: deontologia e prassi*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 804 ss.

ROMBOLI, *L'interesse politico come motivo di ricusazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 476 ss.

RONCO, *Dialogo sulla ricusazione degli arbitri*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1973.

RUBINO – SAMMARTANO, *Diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006.

RUFFINI – POLINARI, *sub art. 815 c.p.c.*, in AA.VV. *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di Benedettelli – Consolo – Radicati Di Brozolo, Padova, 2010, p. 159 ss.

RUFFINI, *Commento all'art. 810 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo – Luiso, Milano, 2007, p. 5785 ss.

SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 410 ss.

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959.

ID., voce *Astensione e ricusazione del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, III, p. 203.

ID., *Postilla*, in *Foro it.*, 1955, p. 1059.

ID., *Diritto processuale civile*, Padova, 1950.

SEGRÈ, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, in AA. VV., *Commentario al c.p.c.* diretto da Allorio, I, Torino, 1993, p. 626 ss.

SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982.

SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009.

SILVESTRI, *Riconoscimento ed esecuzione di sentenze arbitrali straniere negli Stati Uniti: esiste davvero il limite della "public policy"?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 607 ss.

TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. Arb.*, 1997, p. 481 ss.

TARZIA – LUZZATTO – RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995.

TRECCANI M., *In tema di arbitrato e diritto della concorrenza: lodo antitrust, ordine pubblico e motivi di revisione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 75 ss.

VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958: Toward a Uniform Judicial Interpretation*, Springer, 1994.

ID., *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer, 1981.

VARANO – BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2010.

VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006.

ID., *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici e arbitri*, in *Giuda al diritto*, 2006, f. 8, p. 81 ss.

ID., *Profili del processo civile. 1. Parte generale*, Napoli, 2002, p. 106 ss.

ID., *Gli arbitri*, in AA. VV. *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2000, p. 113 ss.

ID., *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv. Arb.*, 1997, p. 476 ss.

ZUFFI, *Peculiarità inglesi in tema di composizione dell'organo arbitrale (specie se integrato da un umpire) e riconoscimento dei lodi*, in *Int'l Lis*, 2005, 1, p. 33 ss.