

LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

GUIDO CARLI

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ARBITRATO INTERNO ED INTERNAZIONALE

XXV CICLO

L'ARBITRATO AMMINISTRATO

TUTOR

CHIAR.MO PROF. CLAUDIO CECHELLA

CANDIDATO

DOTT. PIETRO ORTOLANI

A.A. 2012/2013

INTRODUZIONE	2
PARTE I - LE FONTI DELL'ARBITRATO AMMINISTRATO ¹	
<i>Sezione 1 - La volontà delle parti</i>	
1. Il contratto di amministrazione	5
2. Il mandato arbitrale nell'arbitrato amministrato	22
3. Il rapporto tra arbitri ed istituzione	32
<i>Sezione 2 - Il regolamento arbitrale in generale</i>	
1. Il regolamento arbitrale in rapporto alla volontà delle parti	51
2. Il regolamento arbitrale in rapporto ad altri regolamenti	63
3. Il regolamento arbitrale in rapporto alle norme statali	68
PARTE II - IL PROCESSO AMMINISTRATO	
1. La nomina degli arbitri	73
2. Accettazione, <i>disclosure</i> e conferma della nomina da parte dell'istituzione	101
3. Procedure e regolamenti alternativi	120
4. Ricusazione e sostituzione	128
5. L'arbitrato amministrato ed i terzi	150
6. La tutela cautelare ed i procedimenti speciali di urgenza	163
7. L'atto di missione e la gestione della causa	196
8. La conclusione del processo amministrato e l'esame del progetto di lodo	210
9. La liquidazione degli onorari	222
PARTE III - L'ISTITUZIONE ARBITRALE COME SOGGETTO	
1. I doveri di confidenzialità dell'istituzione	229
2. Gli organismi dell'istituzione arbitrale	237
3. I costi dell'istituzione	241
4. La responsabilità civile e le clausole di esonero	245
CONCLUSIONI	259
BIBLIOGRAFIA	265

INTRODUZIONE

Nell'universo della giustizia privata, il fenomeno dell'arbitrato amministrato si caratterizza per la presenza di un soggetto, la camera arbitrale, che amministra il procedimento e si pone in una posizione distinta tanto rispetto alle parti in lite, quanto rispetto agli arbitri. L'istituto ha un notevolissimo rilievo pratico, tanto da avere attirato l'attenzione del legislatore del D. Lgs. 40/2006, che vi dedica il riformato art. 832 c.p.c.

Il presente lavoro intende indagare sia i problemi teorici, sia i meccanismi di funzionamento pratico dell'arbitrato amministrato, prendendo le mosse dalle "fonti" dello stesso, ovvero dal suo sostrato giuridico. Da questo punto di vista, assume anzitutto rilievo centrale la volontà delle parti, che si concretizza, secondo la tesi alla quale si ritiene di aderire, in tre diverse figure contrattuali. Oltre al mandato arbitrale, indefettibilmente presente anche nell'arbitrato *ad hoc*, si profilano due ulteriori contratti: il contratto di amministrazione, stipulato dai litiganti con la camera arbitrale, ed il contratto di cooperazione arbitrale, che lega l'ente di amministrazione ai soggetti giudicanti. Quest'ultimo elemento, la cui sussistenza è in dottrina oggetto di opinioni contrastanti, costituisce un tema di studio di primario interesse, al fine di chiarire la cifra distintiva dell'arbitrato amministrato ed il ruolo dei vari operatori che contribuiscono al suo funzionamento.

Oltre all'impalcatura negoziale eretta dall'autonomia privata, altra pietra d'angolo dell'arbitrato amministrato è il regolamento arbitrale, ovvero quel *corpus* normativo che l'istituzione arbitrale predispone e che le parti inglobano *per relationem* nel proprio patto compromissorio. Si procederà, dunque, a delineare il ruolo del regolamento, in rapporto sia alla volontà delle parti, sia agli altri regolamenti arbitrali che possano venire in gioco, sia alle norme di emanazione statale (*in primis*, ovviamente, il già citato art. 832 c.p.c.).

Esaurita la prima parte della trattazione, emergerà la natura ancipite della camera arbitrale: da un lato, essa svolge ruoli *super partes*, che sarebbero affidati nell'arbitrato *ad hoc* al Presidente del Tribunale e nella giustizia statale ora all'apparato amministrativo, ora all'autorità giudiziaria, ora al Consiglio Superiore della Magistratura. Dal lato opposto, tuttavia, l'istituzione che amministra l'arbitrato mantiene il proprio ruolo di soggetto privato, in quanto, come visto, esercita i propri poteri sulla base di una serie di manifestazioni dell'autonomia privata: essa, pertanto, avrà diritti e doveri propri e potrà essere interessata da profili di responsabilità civile. Il successivo sviluppo del lavoro intende riflettere tale dicotomia: nella seconda parte si analizzerà il processo amministrato, ponendo in evidenza tutti i casi di intervento dell'ente: in tale occasione, sarà possibile riflettere sui problemi processuali derivanti dalla presenza di un soggetto ulteriore rispetto alle parti ed agli arbitri. Emergerà in questa sede il ruolo di assoluto rilievo che l'ente di amministrazione svolge non solo in fase di nomina dei soggetti giudicanti, ma nel corso di tutto quanto il processo privato, dalla ricusazione all'atto di missione, dagli strumenti di gestione della causa fino all'esame del progetto di lodo. La terza parte, invece, prenderà in considerazione i profili concernenti l'istituzione arbitrale come soggetto di diritto e dunque come diretto portatore di situazioni giuridiche, sia di vantaggio sia di svantaggio. Questa sarà la sede per descrivere la struttura organica delle camere arbitrali, nonché per tentare di risolvere il delicato problema delle clausole di esonero da responsabilità sovente contenute nei regolamenti di arbitrato.

PARTE I
LE FONTI DELL'ARBITRATO AMMINISTRATO

Sezione 1 - La volontà delle parti

Capitolo 1

IL CONTRATTO DI AMMINISTRAZIONE

Sommario: 1.1 La natura del contratto di amministrazione – 1.2 Il ruolo del regolamento arbitrale nella conclusione del contratto di amministrazione – 1.3 La conclusione del contratto di amministrazione

1.1 La natura del contratto di amministrazione

Lo svolgimento di un arbitrato non presuppone, di per sé, la presenza di un ente di amministrazione: nell'arbitrato *ad hoc*, la base negoziale del processo privato è costituita esclusivamente dal patto compromissorio e dal mandato arbitrale. Conseguentemente, è necessario domandarsi quale ruolo debba essere attribuito all'istituzione arbitrale, delineando le aree di incidenza della stessa sul rapporto tra arbitri e parti.

La giurisprudenza francese ha a più riprese chiarito, in occasione delle azioni di responsabilità intentate nei confronti della Camera di commercio internazionale¹, la natura contrattuale del rapporto che lega l'istituzione arbitrale alle parti²; coerentemente con la natura privata dell'ente, quest'ultimo agisce in forza di un rapporto fondato sull'autonomia negoziale, denominato contratto di amministrazione dell'arbitrato. Parti di tale contratto sono da un lato l'istituzione e dall'altro i litiganti, che costituiscono in questa

¹ Sul problema della responsabilità dell'istituzione arbitrale e sull'efficacia delle clausole di esonero contenute in molti regolamenti di arbitrato amministrato v. *infra*, Parte III Cap. 4.

² 20 febbraio 2001, Cour de Cassation, *Société Cubic Défense System Inc. v. Chambre de Commerce Internationale CCI*, in *Rev. Arb.*, 2001, 511; 8 ottobre 1986, Tribunal de Grande Instance di Parigi, *Cekoslovenska Obchodni Bank S.A. (Cecobank) c/ Chambre de Commerce Internationale*, in *Rev. Arb.*, 1987, 367; 11 luglio 1980, Corte d'Appello di Parigi, *Société Japan Time v. SW Kienzle France et Chambre de Commerce Internationale*, in FOUCHARD, *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique*, in *Rev. Arb.*, 1989, 270.

sede un unico centro di interessi di natura plurisoggettiva; il contratto pone diritti ed obbligazioni in capo a ciascuno dei soggetti coinvolti. In particolare, le parti sono tenute a corrispondere all'istituzione arbitrale un corrispettivo in denaro, calcolato solitamente in base a parametri stabiliti nel regolamento³; l'istituzione, per contro, deve compiere una serie di prestazioni, anch'esse identificate nel regolamento, finalizzate complessivamente all'amministrazione del processo privato. Non è facile ricondurre il contratto di amministrazione ad un singolo tipo contrattuale disciplinato dal codice civile: le attività di amministrazione hanno natura eterogenea, pur essendo tutte estranee alla funzione di risoluzione giurisdizionale della controversia, riservata agli arbitri⁴. Le prestazioni offerte dall'istituzione in esecuzione del contratto di amministrazione possono essere ricondotte a tre diverse categorie, a cui rispondono tre distinti inquadramenti civilistici: dall'analisi di tali attività emergerà la cifra distintiva del negozio in esame.

Generalmente gli arbitri forniscono, oltre alla prestazione intellettuale consistente nell'attività di *jus dicere*, anche un servizio di segreteria⁵, necessario allo svolgimento del processo: tale servizio comprende, tra le altre attività, la gestione delle comunicazioni tra il tribunale alle parti, la formazione del fascicolo, la conservazione degli atti processuali e l'organizzazione materiale delle udienze. In seno alla giustizia statale, tali servizi sono forniti dalla cancelleria del giudice e dall'apparato amministrativo dell'ufficio giudiziario; nell'ambito dell'arbitrato *ad hoc*, le medesime funzioni devono necessariamente essere svolte dall'arbitro, che può

³ V. *infra*, Parte III Cap. 3.

⁴ In dottrina è stata peraltro avanzata l'ipotesi di una istituzione arbitrale che svolga in proprio anche i compiti di arbitro: CUSA, *La società di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 779; riguardo al problema della liceità della nomina ad arbitro di una persona giuridica v. *infra*, Cap. 2.

⁵ Sul punto v. anche *infra*, Cap. 2.

a tal fine avvalersi di segretari. Nell'arbitrato amministrato, tali attività fanno generalmente capo all'istituzione arbitrale designata dalle parti: la dottrina ha correttamente assimilato tale affidamento di funzioni all'appalto di servizi⁶ (art. 1655 c.c.).

La circostanza che l'arbitrato *ad hoc* sia completamente privo di una struttura istituzionale preesistente all'inizio del procedimento non è priva di conseguenze: esistono, infatti, svariate circostanze nelle quali si rende necessario l'intervento di un soggetto esterno, al fine di superare una situazione di stallo e rendere possibile lo svolgimento del processo privato. Tale funzione di "soccorso" dell'arbitrato è affidata dal codice di rito al Presidente del Tribunale, il quale interviene in attività che le parti stesse potrebbero svolgere: si pensi alla nomina (artt. 809 ed 810 c.p.c.) e sostituzione (art. 811 c.p.c.) dell'arbitro, o alla proroga del termine per la pronuncia del lodo (art. 820 c.p.c.)⁷. Nel campo dell'arbitrato amministrato, la funzione di *juge d'appui* è svolta dall'istituzione arbitrale. Ciò, tuttavia, pone un significativo problema: se da un lato le funzioni in questione sono affidate al giudice dello Stato da norme di diritto, dal lato opposto non esistono regole di diritto positivo che conferiscano simili poteri all'ente di amministrazione. La legittimazione dell'istituzione arbitrale a compiere simili attività, dunque, discende esclusivamente dalla volontà delle parti, che hanno fatto riferimento

⁶ CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, 678.

⁷ CORSINI, *L'arbitrato amministrato secondo regolamenti precostituiti*, in *Riv. Arb.*, 2007, 310, nota icasticamente come l'affidamento delle funzioni di *juge d'appui* all'istituzione precluda agli arbitri la possibilità di disporre automaticamente una proroga del termine *ex art. 820 c.p.c.*, essendo necessario concordare la stessa con il competente organo in seno all'ente. Secondo DANOVI, *Commento all'art. 24*, in BRIGUGLIO – SALVANESCHI (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale – Commentario*, Milano, 2005, 461, l'affidamento all'istituzione del potere di concedere proroghe al tribunale arbitrale costituirebbe, "piuttosto che (...) una proroga delegata in bianco dalle parti a un terzo, (...) una originaria e legittima deroga pattizia al regime legale del termine di pronuncia, attuata mediante *relatio* al Regolamento".

al regolamento arbitrale in sede di stipula del patto compromissorio. Ciò, ovviamente, non contrasta affatto con la circostanza che il codice di procedura civile affidi al Presidente del tribunale in una pluralità di casi funzioni di supporto all'arbitrato: tali norme, infatti, hanno natura meramente suppletiva ed operano solo qualora le parti non abbiano voluto o potuto, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, predisporre un diverso meccanismo di superamento delle eventuali *empasse* del procedimento. D'altro canto, l'ente di amministrazione prende decisioni aventi carattere vincolante per le parti, anche qualora queste ultime non concordino con la scelta effettuata: in caso di nomina dell'arbitro da parte dell'istituzione arbitrale, ad esempio, la parte potrà formulare osservazioni e presentare istanza di ricusazione qualora ricorrano circostanze rilevanti in tal senso, ma non potrà esprimere un semplice parere sfavorevole per ragioni di preferenza personale, esattamente come non potrebbe rigettare unilateralmente la nomina promanante dal Presidente del tribunale⁸. Atteso che i poteri in esame sono posti in capo all'istituzione arbitrale in base ad un semplice atto di autonomia privata, la vincolatività delle scelte compiute dall'ente non può che discendere dalla spendita del nome delle parti: le attività che la camera arbitrale compie, in altri termini, sono effettuate in nome e per conto delle parti, in forza di un rapporto di mandato con rappresentanza (art. 1704 c.c.)⁹. Tale soluzione è solo

⁸ In senso parzialmente difforme, tuttavia, v. l'opinione di CLAY, *L'arbitre*, Parigi, 2001, 788, secondo cui la nomina formulata dall'istituzione avrebbe il valore di una semplice proposta, che le parti dovrebbero confermare al fine del perfezionamento del contratto di arbitrato. Peraltro, le conclusioni a cui l'Autore giunge sono analoghe, in quanto si ritiene che le parti che abbiano percorso la strada dell'arbitrato amministrato non possano rifiutare tale successiva ratifica; sul punto v. anche *infra*, Parte II Cap. 1. Le parti, ovviamente, potranno trovare un accordo su un diverso nominativo; il singolo litigante, tuttavia, non può rifiutare né la nomina di emanazione istituzionale, né quella di emanazione presidenziale.

⁹ CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, cit., 678; POLVANI, *Arbitrato amministrato e camere arbitrali*, in IRTI (a cura di), *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, 20. Giunge a conclusioni analoghe E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato "amministrato"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 8,

apparentemente contraddetta dall'orientamento dottrinario e giurisprudenziale¹⁰ che esige il carattere espresso ed univoco – pur senza necessità di forme solenni - della spendita del nome, escludendo che la rappresentanza possa basarsi su di una presunzione tacita. Parte della dottrina¹¹ sostiene che la *contemplatio domini* sia implicita nella circostanza che gli atti di supporto al procedimento arbitrale posti in essere dall'istituzione facciano riferimento ad una determinata controversia, che si identifica attraverso il nome delle parti¹². L'argomento, tuttavia, prova troppo: il riferimento agli estremi della controversia è altresì presente in altri atti posti in essere dall'istituzione, i quali hanno natura meramente amministrativa e non comprendono in alcun modo la spendita del nome¹³. Pertanto, non sembra possibile desumere la *contemplatio domini* da un riferimento generico, presente in una pluralità eterogenea di atti attinenti all'amministrazione del processo. La soluzione è, piuttosto, da rinvenirsi nelle disposizioni del regolamento arbitrale: le attività di supporto all'arbitrato svolte dall'ente, infatti, si basano tutte su una specifica norma regolamentare, che le parti hanno incorporato nella loro pattuizione contrattuale *per relationem*.

il quale, pur negando che l'istituzione agisca formalmente come rappresentante delle parti, afferma che queste ultime sono direttamente vincolate dalle decisioni prese dall'ente, in forza di un mandato congiunto; *contra* tuttavia, nel senso del mandato senza rappresentanza, RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., Padova, 2006, 516.

¹⁰ Cass. Sez. II, 12 gennaio 2007, n. 433; Cass. Sez. II, 29 novembre 2006, n. 25247, Cass. sez. III, 10 dicembre 1996, n. 10989; VISINTINI, *Della rappresentanza*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1993, 210.

¹¹ CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, cit., 678.

¹² Questa, peraltro, non sembra essere una caratteristica costante: nella pratica della Camera di Commercio Internazionale, ad esempio, la controversia è identificata con un numero di ruolo. Pertanto, sebbene gli arbitri siano naturalmente a conoscenza dell'identità delle parti, essa non è necessariamente indicata negli atti provenienti dall'istituzione.

¹³ Si pensi, ad esempio, alla comunicazione proveniente dalla segreteria dell'ente di amministrazione, con la quale si comunica agli arbitri ed alle parti l'ubicazione della stanza assegnata per lo svolgimento dell'udienza.

Conseguentemente, il soggetto che assuma funzioni giudicanti nell'ambito di un arbitrato amministrato deve considerarsi a conoscenza dei contenuti del regolamento e delle funzioni attribuite dallo stesso all'istituzione, la quale agirà in tal sede in nome e per conto delle parti: in tal modo, l'istituzione che affermi espressamente di agire in forza della disposizione regolamentare che legittima lo svolgimento di una funzione di supporto all'arbitrato effettua altresì una valida *contemplatio domini*.

Infine, l'istituzione svolge funzioni di supporto all'arbitrato che non presuppongono la spendita del nome dei litiganti. Queste, in alcuni casi, sono presenti anche nel caso dell'arbitrato *ad hoc*, con il consueto intervento del Presidente del tribunale¹⁴: si pensi alla dichiarazione di decadenza (art. 813 *bis* c.p.c.) ed alla ricusazione¹⁵ dell'arbitro (art. 815 c.p.c.), nonché alla determinazione del compenso dello stesso (art. 814 c.p.c.). In altre ipotesi, invece, i regolamenti arbitrali prevedono aree di intervento dell'ente sconosciute all'esperienza dell'arbitrato *ad hoc*: così, ad esempio, alcuni regolamenti arbitrali prevedono una fase di controllo dei requisiti formali del progetto di lodo, prima che lo stesso sia trasmesso alle parti¹⁶. Tale gruppo di funzioni è difficilmente sussumibile nell'area di un unico tipo contrattuale: la qualificazione di simili attività quali prestazioni di opera intellettuale (art.

¹⁴ Nel caso dell'ordine di comparizione del testimone (art. 816 *ter* comma 3 c.p.c.), le funzioni del Presidente del tribunale non possono, data la natura coercitiva del provvedimento, essere assunte dall'istituzione arbitrale; in tal caso, dunque, il ruolo di *juge d'appui* rimane necessariamente in capo al giudice dello Stato e non si riscontrano difformità rispetto a quanto accade nel caso di arbitrato *ad hoc*.

¹⁵ In dottrina esistono opinioni contrastanti circa la coesistenza del procedimento di ricusazione giudiziale con quello eventualmente previsto nell'ambito del regolamento arbitrale: v. *infra*, Parte II Cap. 4.

¹⁶ Sul versante internazionale v. regolamento di arbitrato ICC, art. 33; nel panorama italiano cfr. regolamento tipo delle Camere di commercio, art. 31(4); Regolamento di arbitrato della Camera arbitrale di Milano, art. 30(4).

2230 c.c.), proposta in dottrina¹⁷, non sembra potersi applicare in modo esclusivo a ciascuna delle prestazioni qui considerate. Infatti, se da un lato lo scrutinio del progetto di lodo non pone in capo all'istituzione compiti di natura giurisdizionale (ed è dunque pacificamente classificabile nell'area della prestazione di opera intellettuale), la determinazione del compenso è un'attività che rientra, nell'ambito della giustizia statale, entro i confini della giurisdizione contenziosa¹⁸; conseguentemente in tal caso, per analogia con quanto ritenuto in tema di mandato arbitrale in dottrina¹⁹, sembra essere più appropriata la qualificazione meno specifica del mandato, rispetto alla quale le disposizioni di cui agli artt. 2230 e ss. c.c. assumono funzione integrativa.

In conclusione, il contratto di amministrazione è un negozio atipico, al quale si applicano analogicamente di volta in volta le disposizioni dettate in materia di mandato, di prestazione d'opera intellettuale e di appalto di servizi. La portata delle obbligazioni derivanti da tale contratto è determinata non al momento della scelta di un determinato regolamento di arbitrato da parte dei litiganti, ma *a priori* dalle disposizioni del regolamento stesso. Da questo punto di vista, dunque, il regolamento di arbitrato costituisce uno schema negoziale fisso, al quale le parti si limitano ad aderire; tuttavia, la circostanza che i litiganti costituiscano in questa sede un'unica parte contrattuale plurisoggettiva e che il loro consenso sia espresso in sequenza diacronica pone

¹⁷ CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, cit., 678.

¹⁸ LUISO, *L'art. 832 c.p.c.*, in <<http://www.judicium.it>>, § 5, con riferimento a Cass., 29 marzo 2006, n. 7128; peraltro, è stata sostenuta la natura contenziosa anche nel caso del procedimento di ricusazione (v. *infra*, Parte II Cap. 4).

¹⁹ CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, Cap. 3; a proposito del rapporto contrattuale che lega gli arbitri alle parti v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 294; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 3^a ed., Bologna, 1998, 120; VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, 2^a ed., Torino, 1997, 68 e *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv. Arb.*, 1997, 475.

dei significativi problemi sotto l'aspetto del perfezionamento del contratto d'amministrazione.

1.2 Il ruolo del regolamento arbitrale nella conclusione del contratto di amministrazione

La fase genetica del contratto di arbitrato presenta problemi di particolare interesse, derivanti dalla natura plurisoggettiva di una delle parti contrattuali: l'istituzione arbitrale conclude un contratto con una parte complessa, composta da (almeno) due soggetti tra i quali è sorta o potrà sorgere una controversia, ma che sono accomunati dalla medesima volontà di attribuire all'ente in questione funzioni di amministrazione del procedimento arbitrale²⁰.

Il meccanismo di perfezionamento del contratto di amministrazione prende le mosse dal regolamento arbitrale (*rectius* dalla pubblicazione dello stesso da parte dell'istituzione, a fini di circolazione²¹): con esso, l'ente promuove i propri servizi nei confronti di una indistinta pluralità di potenziali utenti. La qualificazione giuridica di tale comunicazione non è univoca: secondo parte della dottrina essa costituisce un'offerta al pubblico²², mentre

²⁰ CLAY, Nota a *Société Cubic Defense Systems Inc. c/ Chambre de Commerce Internationale*, in *Rev. Arb.*, 2001, 513, 516 : "(l)a difficulté vient pour le contrat d'organisation de l'arbitrage de ce qu'il est un acte conjonctif, c'est-à-dire que les bénéficiaires de l'offre sont plusieurs".

²¹ 22 gennaio 2009, Cour d'appel di Parigi, *SNF S.A.S. c/ Chambre de Commerce Internationale*, nota di KIFFER, *Comments on the Paris Court of Appeal Decision in SNF v. International Chamber of Commerce*, in *J. Int. Arb.*, 2009, 579.

²² E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, 999 ss.; E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, in CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, § 4; CLAY, Nota a *Société Cubic Defense Systems Inc. c/ Chambre de Commerce Internationale*, *cit.*, 516; BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, 1998, 35; WOLF, *Die institutionelle handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Monaco, 1992, 84; JAROSSON, *Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale*, in *Rev. Arb.*, 1990, 381; MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con*

secondo altri Autori si tratterebbe di un invito ad offrire²³ o di una promessa al pubblico²⁴.

Tale ultima ipotesi è quella che raccoglie minore consenso: ai sensi dell'art. 1989 c.c., un soggetto può assumere impegni giuridicamente vincolanti, rivolgendo al pubblico una dichiarazione di volontà unilaterale, con la quale promette una determinata prestazione a chi si trovi in una certa situazione²⁵. Nel caso di specie dunque l'istituzione arbitrale prometterebbe, con la pubblicazione del regolamento, l'erogazione dei servizi di amministrazione del processo privato a chi abbia stipulato un valido patto compromissorio che faccia riferimento a quel particolare ente. La dottrina maggioritaria critica tale ricostruzione, in quanto la promessa al pubblico, essendo una dichiarazione unilaterale²⁶, non sarebbe compatibile con la previsione di una controprestazione, la quale invece è generalmente prevista da tutti i regolamenti di arbitrato amministrato²⁷. Per la verità, l'argomento è significativo ma non sembra poter assumere portata dirimente: la giurisprudenza, infatti, afferma che la promessa può avere ad oggetto qualsiasi prestazione, e quindi anche l'impegno a concludere un contratto²⁸. In tal senso, con la pubblicazione del regolamento l'istituzione arbitrale potrebbe

l'istituzione arbitrale), in *Rass. Arb.*, 1990, 20; FOUCHARD, *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique*, cit., 225; KASSIS, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale : les déviations de l'arbitrage institutionnel*, Parigi, 1988, 29.

²³ RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., Padova, 2006, 515; NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957, 219.

²⁴ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, cit., 999.

²⁵ V. per alcuni esempi in questo senso GALLO, *Diritto privato*, 4ª ed., Torino, 2006, 610.

²⁶ *Contra*, tuttavia, SBISÀ, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, 1, secondo cui la promessa al pubblico avrebbe indole contrattuale e necessiterebbe di un'accettazione.

²⁷ POLVANI, *Arbitrato amministrato e camere arbitrali*, cit., 21; MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, cit., 20.

²⁸ Cass. 17 settembre 1983, n. 5625, in *Giur. It.*, 1984, I,1, 1634 nota di VELLA ed in *Giust. Civ.*, 1984, I, 810 nota di RUSSO.

limitarsi a promettere la stipulazione del contratto di amministrazione alle parti che dimostrino di aver sottoscritto un valido patto compromissorio contenente un riferimento all'istituzione stessa. Nel caso in cui il contratto di amministrazione si perfezioni, dallo stesso potrebbero derivare obbligazioni in capo ai litiganti, quale il pagamento di un corrispettivo a fronte dell'erogazione dei servizi di amministrazione.

La ragione per la quale la tesi della promessa al pubblico non può trovare accoglimento deve, in realtà, essere rinvenuta nel disposto dell'art. 832 comma 3 c.c., ai sensi del quale, qualora il regolamento di arbitrato subisca modificazioni, si applica il regolamento arbitrale in vigore nel momento in cui il procedimento ha inizio, salva diversa previsione da parte dei litiganti. La norma in esame, dunque, da un lato riconosce in capo all'istituzione arbitrale il potere di modificare unilateralmente i contenuti del regolamento arbitrale in ogni momento e dal lato opposto consente ai litiganti di prevedere l'applicazione di un regolamento antecedente a quello in vigore al momento dell'inizio dell'arbitrato. Tale schema normativo non sembra essere compatibile con il disposto dell'art. 1990 c.c., ai sensi del quale la promessa può essere revocata solo per giusta causa: tale limitazione non pare compatibile con la facoltà di modifica unilaterale che l'istituzione arbitrale ha rispetto ai contenuti del regolamento²⁹. Oltre a ciò si consideri che, *ex art.* 1990 comma 2 c.c., la revoca (costituita in questa sede dalla modifica del regolamento) non potrebbe in nessun caso avere effetto, qualora la situazione prevista nella promessa si sia già verificata. Atteso che la situazione prevista è, in questa sede, da identificarsi con il perfezionamento di un valido patto compromissorio, essa si avvera solitamente assai prima del sorgere della controversia e della presentazione della domanda di arbitrato:

²⁹ Già in epoca anteriore all'introduzione dell'attuale art. 832 c.p.c. la dottrina aveva sottolineato l'incompatibilità del disposto dell'art. 1990 c.c. con l'eventualità che il regolamento sia modificato da parte dell'istituzione: v. E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato "amministrato"*, cit., 10.

conseguentemente, la norma del codice civile in commento renderebbe di fatto inefficace qualsivoglia modificazione del regolamento arbitrale successiva alla stipula dell'accordo compromissorio³⁰.

Di conseguenza, ove si qualificasse la pubblicazione del regolamento di arbitrato come promessa al pubblico, per l'istituzione non sarebbe possibile modificare il regolamento e per le parti non avrebbe senso prevedere l'applicazione di una determinata versione del regolamento non più in vigore, in quanto l'art. 1990 osterebbe all'applicazione di un regolamento diverso da quello vigente al momento della conclusione del patto compromissorio. L'evidente incompatibilità di questa ricostruzione con la disposizione dell'art. 832 comma 2 c.p.c. consente di escludere la fondatezza dell'ipotesi in esame. Oltre a ciò, è necessario sottolineare come l'art. 1989 comma 2 c.c. preveda un termine annuale, qualora la promessa non contenga alcuna disposizione in punto di durata: tale regola è evidentemente incompatibile con l'esperienza dell'arbitrato amministrato, in cui un regolamento rimane in vigore indefinitamente, fintanto che l'istituzione non provveda ad aggiornarlo.

Esclusa l'ipotesi della promessa al pubblico, occorre analizzare le qualificazioni dell'offerta al pubblico e dell'invito ad offrire. La distinzione tra le due figure è illustrata all'art. 1336 comma 1 c.c., ai sensi del quale, qualora l'offerta contenga gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, essa vale come proposta contrattuale; conseguentemente, ai fini del perfezionamento del negozio sarà sufficiente l'adesione da parte del destinatario. Nel caso in cui, invece, la comunicazione

³⁰ Anche qualora si ritenga che ciascuna delle parti possa opporsi all'applicazione di versioni del regolamento pubblicate a seguito della stipulazione del patto compromissorio (v. *infra*, Parte I Sez. 2 Cap. 1), ciò non implica alcuna limitazione alla libertà dell'istituzione di apportare modifiche al proprio documento normativo: non sembra, dunque, che il fenomeno in esame possa considerarsi compatibile con l'art. 1990 comma 2 c.c.

rivolta al pubblico non sia caratterizzata da completezza, essa vale come semplice invito ad offrire³¹: in tal caso, ai fini della conclusione del contratto non sarà sufficiente l'adesione dell'altra parte, ma dovrà sopraggiungere l'accettazione dell'offerta da parte dell'autore dell'invito.

La questione è, *prima facie*, di assai semplice soluzione: il regolamento contrattuale, essendo un testo di marca eminentemente processuale, costituisce una descrizione sufficientemente dettagliata dei servizi offerti dall'istituzione arbitrale e, dunque, dei termini del contratto di amministrazione. Tuttavia, occorre considerare che molti regolamenti contengono una disposizione in forza della quale l'ente, a seguito della ricezione di una domanda di arbitrato, svolge una cognizione in ordine ai presupposti per lo svolgimento del processo privato, prima di trasmettere il fascicolo al tribunale arbitrale³². Tale meccanismo sembrerebbe contrastare con lo schema logico dell'offerta al pubblico, secondo cui il contratto si conclude automaticamente con l'accettazione da parte del destinatario della proposta: qualora l'attività cognitiva dell'istituzione arbitrale integrasse gli estremi dell'accettazione, non rimarrebbe che qualificare la domanda di arbitrato come proposta e dunque, necessariamente, la pubblicazione del regolamento di arbitrato quale mero invito ad offrire o a trattare. Una simile ricostruzione avrebbe conseguenze certamente non auspicabili: riservare all'istituzione arbitrale il potere di decidere liberamente se addivenire o meno alla conclusione del contratto di amministrazione avrebbe ripercussioni negative sull'affidamento dell'indistinta pluralità dei terzi, che abbiano avuto conoscenza dei contenuti del regolamento e deciso di inserire un riferimento allo stesso nel proprio accordo compromissorio³³.

³¹ BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2000, III, 251.

³² Per un'analisi circa il profilo dinamico di tale cognizione v. *infra*, Parte II Cap. 1.

³³ V. E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato "amministrato"*, *cit.*, 10, secondo cui la tesi dell'invito ad offrire "va respinta, perché non tiene conto dell'affidamento che la divulgazione del regolamento da

Come illustrato, il regolamento arbitrale costituisce una descrizione completa dei contenuti del contratto di amministrazione; l'unico elemento che sembrerebbe ostare all'ipotesi dell'offerta al pubblico è il potere dell'istituzione arbitrale di esaminare i presupposti processuali dell'arbitrato, compresa la validità del patto compromissorio. Tuttavia, tale attività non sembra poter essere ricondotta allo schema dell'accettazione della proposta contrattuale: quest'ultima, infatti, presuppone una valutazione libera da parte del destinatario, il quale decide discrezionalmente se perfezionare il negozio. L'eventuale rifiuto da parte dell'istituzione, invece, si basa su una cognizione avente ad oggetto elementi oggettivi; la decisione dell'organismo chiamato ad amministrare l'arbitrato, dunque, non può essere equiparata alla valutazione, del tutto libera e dettata principalmente da ragioni di convenienza economica, del soggetto che abbia ricevuto una proposta contrattuale³⁴.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, è possibile concludere nel senso della qualificazione della pubblicazione del regolamento di arbitrato quale offerta al pubblico da parte dell'istituzione. Il contratto, dunque, si conclude nel momento in cui l'attore formula la domanda d'arbitrato: con tale atto, la volontà dei compromittenti è portata a conoscenza dell'ente³⁵. Tanto premesso, si pone il problema di qualificare la dichiarazione formulata dall'istituzione arbitrale in punto di esistenza dei presupposti per lo svolgimento dell'arbitrato: secondo parte della dottrina, tale meccanismo costituirebbe una condizione risolutiva potestativa³⁶. Tale tesi, tuttavia, finisce

parte dell'istituzione crea nel pubblico. Serietà esige che tale divulgazione venga configurata o come vera e propria promessa o almeno come offerta”.

³⁴ In tal senso E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, cit., § 4, con riferimento a MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, cit., 19-20; MIRABELLI - GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1997, 163-164.

³⁵ Sull'espressione diacronica della volontà dei compromittenti v. *infra*, § 1.3.

³⁶ POLVANI, *Arbitrato amministrato e camere arbitrali*, cit., 11.

per trasporre nel campo dell'offerta al pubblico gli stessi problemi che si sono evidenziati in tema di invito ad offrire: la configurazione di una condizione risolutiva potestativa, infatti, presuppone una valutazione completamente discrezionale da parte dell'istituzione, che può *ad nutum* porre termine al rapporto negoziale. Nella pratica dell'arbitrato amministrato, invece, l'istituzione offre automaticamente i propri servizi a chiunque dimostri la sussistenza dei relativi presupposti (quali l'esistenza di un valido patto compromissorio e la riconducibilità della controversia all'ambito di applicazione di detto patto); per tale ragione, non sembra corretto qualificare tale valutazione oggettiva in termini di diritto potestativo. Le medesime considerazioni conducono all'esclusione della tesi del diritto di recesso³⁷: anche in tal caso, infatti, all'istituzione è attribuita una facoltà di formazione unilaterale del tutto discrezionale, che non pare essere coerente con i caratteri del meccanismo di controllo *prima facie* contenuto in molti regolamenti arbitrali³⁸.

Il giudizio di conferma da parte dell'ente, dunque, si basa su una semplice valutazione di presupposti; dallo stesso possono discendere quattro diverse conseguenze giuridiche, due di natura fisiologica e due di natura patologica. Partendo dalla fisiologia, l'ente può prendere la propria decisione sulla base di una valutazione corretta: in tal caso, qualora i presupposti siano giustamente ritenuti sussistenti, si darà luogo all'adempimento delle obbligazioni previste nel contratto di amministrazione. Nel caso, invece, in cui si ritenga correttamente l'assenza di un presupposto (ad esempio, l'assenza di un valido accordo compromissorio), l'istituzione non svolgerà alcuna attività ulteriore: in questo caso, infatti, il contratto non si è mai perfezionato, in quanto non è mai pervenuta una valida accettazione dell'offerta. Da questo punto di vista, dunque, non è necessario configurare il rifiuto dell'istituzione

³⁷ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, cit., 1000.

³⁸ E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato "amministrato"*, cit., 11.

quale risoluzione o recesso: la dimostrazione della sussistenza dei presupposti per lo svolgimento dell'arbitrato, infatti, è condizione necessaria per la presentazione di una valida accettazione dell'offerta.

Il panorama si complica sensibilmente nei casi patologici, ovvero nelle ipotesi in cui la decisione dell'istituzione, sia essa in senso favorevole o contrario all'amministrazione dell'arbitrato, faccia capo ad una valutazione non corretta. Nel caso in cui l'ente ritenga erroneamente sussistente un valido patto compromissorio e dunque dia corso ad un procedimento arbitrale, ciò non impedisce ovviamente agli arbitri di andare di diverso avviso e dichiarare l'inesistenza di una valida convenzione. La decisione dell'ente, infatti, non ha natura giurisdizionale e non vincola in alcun modo il tribunale arbitrale, il quale rimane l'unico *dominus* in punto di giudizio di validità del patto compromissorio. In questo caso, si deve ritenere che il contratto di amministrazione non sia mai stato validamente concluso, essendo assente, a monte, una valida espressione di accettazione dell'offerta da parte dei litiganti. Di conseguenza, in capo all'istituzione arbitrale potrebbe essere configurata una responsabilità solo a titolo aquiliano: essa potrebbe essere fatta valere dalla parte che non abbia dato avvio al procedimento arbitrale ma si sia difesa nello stesso, al fine di eccepire l'assenza di un valido accordo compromissorio. Tuttavia, in dottrina è stato esposto un argomento assai significativo in senso contrario alla configurabilità di una simile ipotesi di responsabilità³⁹: nel caso in cui si dia erroneamente corso al processo, l'ente non cagiona alcun danno, ma si limita ad offrire le proprie prestazioni anche a favore di parti che non avevano il diritto di pretenderle, senza che ciò conduca ad alcuna violazione di legge. Ciò che sembra escludere la responsabilità dell'ente, nel caso di specie, è l'impossibilità di individuare un nesso eziologico tra l'intervento dell'ente e la causazione del danno. Le voci di

³⁹ E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato "amministrato"*, cit., 11-12.

danno, infatti, sono costituite principalmente dalle spese che il convenuto abbia sopportato per costituirsi in giudizio e far rilevare l'impossibilità di addivenire ad una decisione nel merito della controversia: esse, tuttavia, sono dovute non all'errore dell'istituzione, ma all'iniziativa dell'attore, che sarà chiamato alla compensazione con la condanna alle spese di lite. Pure nel caso in cui il convenuto lamenti profili risarcitori ulteriori, anche di natura non patrimoniale, essi sono ascrivibili al comportamento dell'attore, il quale potrà essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità processuale aggravata.

Tali considerazioni assumono particolare interesse qualora si compari l'arbitrato amministrato con quello *ad hoc*: in tale secondo caso, il giudizio degli arbitri in ordine alla sussistenza di un valido accordo compromissorio e degli altri presupposti processuali non è necessariamente preceduto da un'analoga valutazione *prima facie*. Qualora siano le parti a nominare gli arbitri, non è prevista alcuna fase di controllo preventivo; anche in questa sede, tuttavia, possono prodursi le stesse voci di danno già analizzate in caso di errore da parte dell'istituzione. Da ciò consegue che l'intervento dell'istituzione è, dal punto di vista eziologico, irrilevante: atteso che i medesimi danni possono prodursi anche in caso di arbitrato *ad hoc*, è necessario dedurre che gli stessi sono imputabili alla responsabilità esclusiva dell'attore. D'altronde, anche nel caso in cui alla nomina degli arbitri provveda il Presidente del tribunale *ex art. 810 comma 3 c.p.c.*, il risultato è identico. Il *juge d'appui* si limita, in tale sede, ad un controllo *prima facie* teso esclusivamente ad escludere la manifesta inesistenza della convenzione d'arbitrato o la natura manifestamente estera del procedimento; tale cognizione sommaria non sostituisce, ovviamente, quella a cognizione piena compiuta dagli arbitri in ordine all'esistenza dei presupposti processuali. Anche qualora il Presidente compia un errore nell'effettuazione di tale valutazione (ovvero nomini un arbitro pur essendo manifestamente assente la convenzione di arbitrato), responsabile dei conseguenti danni sarà

esclusivamente l'attore. La valutazione *prima facie* in ordine all'esistenza di un valido patto compromissorio, sia essa affidata al Presidente del tribunale dall'art. 810 c.p.c. o ad un'istituzione arbitrale dal relativo regolamento, ha una mera funzione di tutela preventiva del convenuto, nel caso in cui la celebrazione del processo privato appaia *a priori* impossibile. Tuttavia, qualora tale primo stadio di tutela non sia risultato efficace, la conseguente causazione di danni non sarà da imputarsi al soggetto che tale valutazione ha compiuto, ma all'attore, che ne risponderà a titolo sia di risarcimento delle spese di lite, sia di responsabilità processuale aggravata.

Più lineare è l'altra ipotesi patologica, nella quale l'istituzione abbia erroneamente ritenuto l'inesistenza dei presupposti per lo svolgimento dell'arbitrato. In questo caso, infatti, il contratto di amministrazione si è perfezionato: l'ente sarà dunque responsabile a titolo contrattuale e le parti non dovranno fornire alcuna prova in ordine all'elemento psicologico. L'affermazione della responsabilità dell'ente (o la condanna dello stesso ad amministrare il procedimento⁴⁰) necessiterà di una cognizione piena in ordine all'effettivo perfezionamento del contratto di amministrazione, rimesso al giudice competente in base ai criteri generali di cui agli artt. 7 ss. c.p.c.; per quanto riguarda la competenza per territorio, la sede dell'arbitrato non avrà qui alcun rilievo, ma occorrerà fare riferimento, *ex art.* 19 c.p.c., al luogo in cui l'istituzione arbitrale ha sede⁴¹.

1.3 La conclusione del contratto di amministrazione

⁴⁰ L'ipotesi della tutela in forma specifica è stata presa in considerazione dalla giurisprudenza francese nel già citato caso *Cecobank*, in *Rev. Arb.*, 1987, 367.

⁴¹ Questa è la ragione per la quale, in forza di analoghi principî di riparto di competenza, le cause di responsabilità promosse contro la Camera di commercio internazionale sono tutte instaurate innanzi ad uffici giudiziari della città di Parigi, essendo quest'ultima la sede dell'istituzione: v. *infra*, Parte III Cap. 4.

Come illustrato, i litiganti costituiscono, nell'ambito del contratto di amministrazione, un'unica parte plurisoggettiva: per tale motivo, l'accettazione dell'offerta proveniente dall'istituzione avviene, nella maggior parte dei casi, in modo diacronico. Qualora i paciscenti stipolino un compromesso successivo all'insorgere della lite, non sorgono problemi di rilievo: in tal caso, i soggetti coinvolti nell'arbitrato esprimono tutti nello stesso momento la volontà di ricorrere alla procedura arbitrale e concludono il contratto portando tale decisione a conoscenza dell'ente di amministrazione. Nella generalità dei casi concreti, tuttavia, il patto compromissorio è contenuto in una clausola contrattuale sottoscritta anteriormente all'insorgere della controversia: in tale ipotesi, tra il momento della concorde espressione di volontà da parte dei soggetti coinvolti e la comunicazione di tale volontà all'istituzione trascorre un notevole lasso di tempo. La conclusione del contratto, dunque, è diacronica: le parti esprimono la volontà in un primo momento, a seguito del quale - spesso dopo vari anni - una di esse porta l'accettazione della proposta a conoscenza dell'istituzione⁴².

Nell'ordinamento italiano, l'analisi deve prendere le mosse dall'art. 1326 comma 1 c.c., ai sensi del quale il contratto è concluso quando colui che ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte. Nel caso di formazione diacronica del consenso, tale momento è da identificarsi non con la sottoscrizione della clausola, ma con la presentazione della domanda di arbitrato, con cui l'attore rende l'ente di amministrazione edotto circa i contenuti della clausola stessa⁴³. In proposito, si consideri che la

⁴² CLAY, Nota a *Société Cubic Defense Systems Inc. c/ Chambre de Commerce Internationale*, cit., 517.

⁴³ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, cit., 999; E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, cit., § 4; CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, cit., 680 ss., con riferimento nel panorama internazionale a FOUCHARD *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique*, cit., 249 e JAROSSON, *Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale*, cit., 385; AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc*, in

comunicazione dell'accettazione può avvenire in qualsiasi modo e non richiede forme particolari⁴⁴; essa, dunque, può sicuramente essere effettuata da uno solo dei soggetti che hanno espresso tale univoca volontà, la quale vincola in tal modo tutti i compromittenti⁴⁵. Secondo un'opinione minoritaria⁴⁶, la domanda di arbitrato non sarebbe idonea a vincolare i convenuti; il rapporto contrattuale, dunque, si perfezionerebbe solo con la costituzione di questi ultimi. Tale tesi non può essere condivisa: con la domanda di arbitrato, l'attore si limita a portare a conoscenza dell'istituzione un consenso che tutte le parti hanno già espresso al momento della sottoscrizione del patto compromissorio. Inoltre, l'opinione in esame rende di fatto impossibile la celebrazione di un arbitrato amministrato contumaciale: qualora il convenuto non si costituisca, infatti, il contratto di amministrazione non potrebbe ritenersi concluso e di conseguenza l'istituzione non sarebbe legittimata a fornire i propri servizi.

La regola sopra esposta trova una significativa eccezione nel caso in cui le parti abbiano inserito nel patto compromissorio modifiche al regolamento, o abbiano escluso l'applicazione di alcune parti dello stesso. In taluni casi, ciò è

ALPA (a cura di), *L'arbitrato: profili sostanziali*, Torino, 1999, 50; A.M. BERNINI, *L'arbitrato amministrato: il modello della Camera di commercio internazionale*, Padova, 1996, 28.

⁴⁴ Cass. Sez. III, 16 aprile 2003, n. 6105.

⁴⁵ Qualora si aderisse alla tesi dell'invito ad offrire, invece, la domanda di arbitrato costituirebbe una vera e propria offerta contrattuale, che l'attore formula anche in nome del convenuto; a tal fine, sarebbe necessario postulare l'esistenza di un rapporto di mandato reciproco tra le parti, conferito al momento della sottoscrizione del patto compromissorio. Qualora invece, secondo l'opinione che appare preferibile, si qualifichi la pubblicazione del regolamento come offerta al pubblico, la comunicazione dell'accettazione, non avendo particolari vincoli di forma, non presuppone un rapporto di rappresentanza tra le parti.

⁴⁶ MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, cit., 21 ss.

ammesso dallo stesso regolamento⁴⁷: in tale ipotesi, la pattuizione delle parti non influisce sull'efficacia della domanda di arbitrato, che continua a costituire comunicazione dell'accettazione della proposta contrattuale formulata dall'ente arbitrale. Infatti, se il regolamento prevede la possibilità di esclusione dell'operatività di alcune previsioni (c.d. *opt-out*), ciò si traduce nella formulazione, da parte dell'istituzione, di varie proposte alternative; le parti saranno libere di scegliere se aderire alla proposta che prevede l'applicazione di tutto il regolamento, oppure a quella che esclude parte dello stesso.

Nella diversa ipotesi in cui il regolamento non preveda un'esplicita possibilità di *opt-out*, le parti che manipolino negozialmente il *corpus* regolamentare non accettano l'offerta dell'istituzione, ma formulano una contro-offerta⁴⁸. Essa potrà essere accettata o rifiutata dall'istituzione, sulla base di una valutazione di convenienza e di compatibilità della pattuizione negoziale con la prassi amministrativa adottata dall'ente; tuttavia, il contratto di arbitrato non si perfezionerà fino al momento dell'eventuale accettazione, da rinvenirsi nel primo atto di amministrazione eventualmente posto in essere.

Qualora l'istituzione rifiuti di amministrare l'arbitrato, rimane da chiarire quale sorte sia riservata al patto compromissorio: in proposito, si rinvia a quanto esposto in tema di rapporti tra regolamento e volontà delle parti⁴⁹.

⁴⁷ Si veda, in proposito, l'esperienza dell'*emergency arbitrator* nel regolamento della Camera di commercio internazionale: in questo caso le disposizioni dell'appendice V possono essere liberamente escluse dalle parti (sul punto v. *infra*, Parte II Cap. 6).

⁴⁸ LUISO, *L'art. 832 c.p.c., cit.*, § 2; sull'applicazione dell'art. 1326 ult. comma c.c. alla manipolazione negoziale del regolamento di arbitrato v. in dettaglio *infra*, Parte I Sez. 2 Cap. 1.

⁴⁹ V. *infra*, Parte I Sez. 2 Cap. 1.

Capitolo 2

IL MANDATO ARBITRALE NELL'ARBITRATO AMMINISTRATO

Sommario: 2.1 Considerazioni introduttive – 2.2 Portata del contratto di arbitrato nell'arbitrato amministrato – 2.3 Conclusione del contratto di arbitrato nell'arbitrato amministrato

2.1 Considerazioni introduttive

Il contratto di arbitrato⁵⁰ lega le parti processuali ai soggetti chiamati a svolgere funzioni di arbitro; l'istituzione arbitrale non svolge funzioni giurisdizionali e ne è estranea⁵¹. In dottrina e giurisprudenza⁵², anzi, si afferma prevalentemente l'impossibilità di affidare le funzioni di arbitri a soggetti diversi dalle persone fisiche, stante la natura *intuitu personae* del contratto d'arbitrato⁵³ ed il carattere intellettuale dell'attività oggetto del

⁵⁰ La locuzione "contratto di arbitrato", utilizzata in questa sede con riferimento al mandato arbitrale conferito dai litiganti ai soggetti chiamati a dirimere la controversia (v. in tal senso *ex plurimis* DITCHEV, *Le contrat d'arbitrage – Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer*, in *Rev. Arb.*, 1981, 394), può altresì essere impiegata per identificare la diversa pattuizione contrattuale finalizzata a deferire in arbitri la risoluzione della lite (patto compromissorio): in tale secondo senso v. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, Cap. 3.

⁵¹ JAROSSON, *Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale*, in *Rev. Arb.*, 1990, 381 ss., 389.

⁵² La nullità per assoluta indeterminatezza della clausola compromissoria che preveda il conferimento delle funzioni arbitrali ad una persona giuridica è stata affermata da Cass. Sez. III, 5 novembre 1999, n. 12336, in *Giust. Civ.*, 2000, 1, 1439.

⁵³ La tesi è stata sostenuta in Italia tra i primi da REDENTI, v. *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1959, III, 796.

mandato, intrinsecamente connesso alla presenza di una persona umana⁵⁴. La tesi contraria, secondo cui le funzioni di arbitro potrebbero altresì essere affidate ad una persona giuridica⁵⁵, è peraltro accolta in alcuni orientamenti stranieri⁵⁶ e non sembra essere radicalmente incompatibile con la natura fiduciaria del rapporto che lega arbitri e parti⁵⁷; tuttavia, essa non trova alcun riscontro nella prassi, non essendosi mai dato il caso pratico di un arbitro diverso da una persona fisica⁵⁸. La nomina ad arbitro di una persona giuridica, inoltre, non pare specificamente possibile per gli arbitrati aventi sede in Italia: il sistema codicistico, infatti, prevede numerose norme che alludono alla personalità fisica dell'arbitro⁵⁹. Oltre a ciò, in caso di nomina quale arbitro di

⁵⁴ VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 79; CECHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato*, Torino, 2005, 113; in ambito internazionale si esprime in tal senso BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2009, 2^a ed., 254: "(m)ost arbitrations are conducted before an arbitrator who is a natural person, rather than company or other legal person. This is in part reflective of arbitration's adjudicatory character, where the tradition of individual (rather than corporate) judges runs deep". La tesi è esplicitamente accolta nell'ordinamento francese all'art. 1451 comma 1 NCPC: "(l)a mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits". Sul punto v. CARDUCCI, *The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration Law*, in *Arb. Int.*, 2012, 125, 136. In senso analogo, attribuisce necessariamente ad una persona fisica la qualità di arbitro AL HEJAILAN, *The Pre-arbitral Phase: Matters Affecting the Arbitral Award*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 6 – International Arbitration in a Changing World*, Boston, 1993, 51, 53: "(a)n arbitrator is a human being".

⁵⁵ CUSA, *La società di arbitrato amministrato*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2007, 780; BOVE, *Commento all'art. 808 ter c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1190, con specifico riferimento all'arbitrato irrituale; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, 320 ss.

⁵⁶ Codice greco di Procedura Civile, Libro VII, art. 781.

⁵⁷ Il contratto d'appalto, indubbiamente caratterizzato dall'*intuitus personae*, può certamente essere stipulato da persone fisiche; peraltro, la stessa esperienza di arbitrato amministrato dimostra come la nomina del soggetto giudicante possa non essere effettuata direttamente dalle parti ma delegata ad un terzo.

⁵⁸ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., 254 ss.

⁵⁹ Tra gli esempi più evidenti, i riferimenti al dolo dell'arbitro presenti all'art. 813 ter ed i motivi di riconsuazione di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 815; contra CUSA, *La società di arbitrato amministrato*,

una persona giuridica, risulterebbe assai arduo immaginare l'attuazione pratica di un patto compromissorio che preveda la costituzione di un collegio composto da una pluralità di membri. Formulate tali doverose premesse, occorre sottolineare come l'attribuzione della qualità di arbitro ad una persona giuridica non assicurerebbe alle parti alcun vantaggio ulteriore rispetto a quelli già garantiti qualora i paciscenti scelgano di deferire ad un terzo la nomina di un arbitro unico⁶⁰; dal lato opposto, essa produrrebbe la non auspicabile conseguenza di un'automatica estensione all'ente del regime di responsabilità previsto per gli arbitri⁶¹.

In linea con tali considerazioni le istituzioni arbitrali, sia nell'esperienza italiana che in quella internazionale, non assumono mai la funzione di arbitri ma esclusivamente quella di enti di amministrazione⁶² e costituiscono di conseguenza soggetti terzi rispetto al contratto d'arbitrato. Per tale ragione, si afferma comunemente che il contratto d'arbitrato non subisce modificazioni di rilievo in dipendenza della circostanza che l'arbitrato sia amministrato anziché *ad hoc*; tale assunto merita di essere approfondito, scomponendo l'oggetto del

cit., 782, il quale tuttavia fa leva esclusivamente sul tenore dell'art. 812 c.p.c. così come modificato dal d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

⁶⁰ Tra i motivi pratici a favore della configurabilità di un arbitro-persona giuridica CUSA, *La società di arbitrato amministrato*, cit., 781 cita la semplificazione del processo di nomina, l'eliminazione degli arbitri di parte, la riduzione dei tempi necessari per individuare gli arbitri e la garanzia di un alto standard di competenza in capo al soggetto decidente: è evidente che tali risultati possono essere egualmente raggiunti affidando la nomina di un arbitro unico ad un competente ente di amministrazione dell'arbitrato.

⁶¹ Sul punto v. *infra*, Parte III Cap. 4.

⁶² Si vede l'emblematica previsione di cui all'art. 1(2) del regolamento d'arbitrato ICC: "(t)he court does not itself resolve disputes. It administers the resolution of disputes by arbitral tribunals, in accordance with the Rules of Arbitration of the ICC". Sui contenuti del contratto di amministrazione v. *supra*, Cap. 1. Un'eccezione, giustificata dalla particolare connotazione soggettiva dei litiganti e dalla conseguente necessità di porre il lodo al riparo dagli interventi di qualsivoglia giurisdizione statale, si ha nell'arbitrato ICSID, che prevede un giudizio da parte dell'ente in sede di impugnazione: sul punto v. *infra*, Parte II Cap. 8.

contratto d'arbitrato ed analizzando in dettaglio la portata delle obbligazioni che afferiscono allo stesso.

2.2 Portata del mandato arbitrale nell'arbitrato amministrato

Come illustrato⁶³, il contratto che lega arbitri e parti prevede una serie di obbligazioni in capo al soggetto a cui sono stati conferiti poteri decisori: esse comprendono sia attività di natura giurisdizionale, ossia consistenti in o finalizzate a decidere il merito della controversia sorta tra le parti, sia attività di natura amministrativa, ossia miranti a rendere materialmente possibile ed organizzare lo svolgimento del processo privato. La conferma che il mandato arbitrale comprenda attività di questo secondo tipo è da rinvenirsi nella circostanza che l'arbitro possa farsi coadiuvare da un segretario: il segretario instaura un rapporto contrattuale direttamente ed esclusivamente con l'arbitro e la relativa retribuzione entra a far parte del *corpus* delle spese di lite gravanti sui litiganti⁶⁴.

Nell'ambito dell'arbitrato amministrato, gli adempimenti di natura amministrativa sono generalmente svolti dall'istituzione: così, ad esempio, spetta all'ente che amministra il procedimento il compito di ricevere gli atti ed i documenti prodotti dalle parti ed inoltrare alle stesse le comunicazioni inerenti all'arbitrato. Da questo punto di vista, quindi, la portata del mandato arbitrale sembra essere maggiormente circoscritta nell'arbitrato amministrato, rispetto a quanto accade nell'arbitrato *ad hoc*.

Se da un lato il coinvolgimento di un'istituzione arbitrale consente di sollevare l'arbitro da un certo numero di incombeni di carattere non

⁶³ V. *supra*, Parte I Sez. I Cap. 1.

⁶⁴ RUBINO SAMMARTANO, *International Arbitration – Law and Practice*, Boston, 2001, 360 ss.; SCHWARTZ, *On the subject of administrative secretaries*, *ASA Bulletin*, 1996, 1, 3; LALIVE, *Un Post-Scriptum et quelques citations*, *ibidem*, 1996, 1, 35 e *Inquiétantes derives de l'arbitrage CCI*, *ibidem*, 1995, 4, 634.

giurisdizionale, dal lato opposto il riferimento ad un regolamento arbitrale comporta in capo all'arbitro una serie di doveri generalmente sconosciuti all'esperienza dell'arbitrato *ad hoc*. In proposito, si rinvia all'analisi del processo amministrato⁶⁵: in una pluralità di circostanze, che si estendono dalla fase anteriore alla nomina fino al deposito del progetto di lodo, i regolamenti di arbitrato amministrato delegano ai soggetti giudicanti adempimenti e funzioni peculiari. Da questo punto di vista, dunque, il mandato arbitrale ha, nell'arbitrato amministrato, un'estensione superiore rispetto a quanto accade nell'arbitrato *ad hoc*: ad esempio, nel caso in cui il regolamento arbitrale contenga disposizioni in tema di gestione della causa, all'arbitro è demandato lo svolgimento di attività che, in assenza di riferimenti ad un regolamento arbitrale, non gli sarebbero imposte.

In conclusione, l'affermazione secondo la quale la presenza di un ente di amministrazione non incide sul rapporto contrattuale intercorrente tra gli arbitri e le parti non sembra essere pienamente corretta: la presenza di una struttura istituzionale ed il riferimento ad un *corpus* di norme processuali rende per un verso più ristrette e per altro verso più estese le obbligazioni dell'arbitro⁶⁶.

2.3 Conclusione del contratto di mandato nell'arbitrato amministrato

Il contratto di mandato che lega le parti agli arbitri si perfeziona generalmente con l'accettazione di questi ultimi; ai sensi dell'art. 813 comma 1 c.p.c., tale accettazione può essere data anche mediante la sottoscrizione del compromesso o del verbale della prima riunione.

⁶⁵ *Infra*, Parte II.

⁶⁶ ONYEMA, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Oxon, 2010, 121

In alcuni regolamenti di arbitrato amministrato⁶⁷, l'accettazione non è sufficiente a perfezionare il contratto di arbitrato. Nel dichiarare il proprio consenso all'assunzione delle funzioni di arbitro, infatti, il soggetto nominato deve comunicare all'istituzione arbitrale ed alle parti ogni circostanza rilevante, idonea a sollevare dubbi in punto di imparzialità ed indipendenza. A seguito di tale dichiarazione, alcune istituzioni si riservano il potere di confermare la nomina, sia che essa promani dalla volontà delle parti, sia che essa sia frutto di un'iniziale scelta dell'ente stesso; in tali casi, il contratto tra parti ed arbitri si perfeziona esclusivamente qualora l'istituzione esprima parere favorevole. Dunque, qualora il patto compromissorio contenga il riferimento ad un regolamento arbitrale che prevede un meccanismo di conferma, la dichiarazione di accettazione deve sempre essere intesa come implicitamente sottoposta a condizione sospensiva *ex art.* 1353 c.c.: il contratto sarà validamente concluso solo a seguito del parere favorevole espresso dal competente organo dell'ente di amministrazione.

Secondo alcuni Autori, qualora il nominativo del nominando arbitro sia *a priori* inserito in un elenco di soggetti disponibili tenuto dall'istituzione, il rifiuto ingiustificato potrebbe essere fonte di responsabilità⁶⁸. Tale conclusione si basa sull'assunto che la dichiarazione di disponibilità che l'arbitro formula, chiedendo o accettando di essere incluso nella lista di possibili nominativi tenuta dall'istituzione, costituisca un'offerta al pubblico, idonea a ingenerare un affidamento⁶⁹. Tuttavia, come sopra illustrato, il

⁶⁷ Sulla conferma della nomina ad arbitro v. *infra*, Parte II Cap. 2.

⁶⁸ E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, in CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, § 6; MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, in *Rass. Arb.*, 1990, 25.

⁶⁹ CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, 685 ss.: "(s)e il consenso del soggetto all'iscrizione nell'elenco è inquadrabile come offerta al pubblico, il contratto di arbitrato si perfeziona nel momento in cui l'arbitro ha notizia della nomina. In tal caso la

mandato arbitrale si perfeziona esclusivamente con l'accettazione da parte dei giudici privati; l'iscrizione dell'elenco, d'altronde, non potrebbe in alcun caso integrare gli estremi dell'offerta al pubblico, in quanto al momento dell'inclusione del nominativo nella lista l'arbitro non fa riferimento ad alcuna specifica controversia e dunque non può formulare un'offerta contrattuale dal contenuto completo e pertanto efficace. Infatti al contrario dell'istituzione, la quale rende pubblico un regolamento nel quale si illustrano dettagliatamente i servizi di amministrazione offerti, il potenziale soggetto giudicante esprime in questa sede una disponibilità generica, che non esclude un successivo rifiuto nel singolo caso, qualora le caratteristiche della controversia inducano una simile, discrezionale decisione. Conseguentemente, non si può che concordare con quella dottrina che nega all'iscrizione nell'elenco qualsiasi vincolatività ai fini della conclusione del contratto di mandato arbitrale: indipendentemente dall'esistenza di una lista e dell'iscrizione nella stessa del soggetto nominato, quest'ultimo mantiene il diritto di accettare o rifiutare la nomina, senza che ciò possa esporlo ad alcun profilo di responsabilità⁷⁰.

mancata accettazione è una forma di recesso, che espone l'arbitro a responsabilità nei confronti delle parti se è priva di giustificato motivo”.

⁷⁰ FOUCHARD, *Relationships Between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution*, in *The Status of the Arbitrator, ICC Bull.*, supplemento speciale, Parigi, 1995, 12, 21.

Capitolo 3

IL RAPPORTO TRA GLI ARBITRI E L'ISTITUZIONE

Sommario: 3.1 Il problema dell'esistenza di un rapporto contrattuale tra arbitri ed istituzione: definizione del "contratto di cooperazione arbitrale" - 3.2 Il momento perfezionativo del contratto di cooperazione arbitrale - 3.3 Vicende patologiche del contratto di collaborazione arbitrale

3.1 Il problema dell'esistenza di un rapporto contrattuale tra arbitri ed istituzione:

definizione del "contratto di cooperazione arbitrale"

La questione del rapporto tra gli arbitri e l'istituzione che amministra il procedimento ha trovato in dottrina soluzioni assai diverse tra loro; nel panorama italiano, la maggioranza degli Autori esclude l'esistenza di un rapporto contrattuale⁷¹. Innegabilmente, la presenza di un ente avente funzioni di amministrazione non implica, di per sé, l'esistenza di un legame negoziale tra lo stesso ed i soggetti giudicanti. In senso contrario, si potrebbe obiettare che le parti versano all'istituzione le somme dovute a titolo di spese ed onorari del tribunale arbitrale⁷²: ciò sembrerebbe presupporre l'esistenza di un contratto tra gli arbitri e l'ente, in forza del quale quest'ultimo riceve quanto dovuto e lo trasmette ai relativi creditori. Tuttavia, in dottrina si è

⁷¹ E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, in CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, § 6; CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, 685; POLVANI, *Arbitrato amministrato e camere arbitrali*, in IRTI (a cura di), *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, 23; MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, in *Rass. Arb.*, 1990, 25. *Contra*, sembrerebbe non escludere l'esistenza di un rapporto negoziale RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., Padova, 2006, 521, secondo cui il rapporto tra camera arbitrale ed arbitro costituisce l'esecuzione del diverso rapporto contrattuale tra ente e parti.

⁷² Sul punto v. anche *infra*, Parte II Cap. 9.

efficacemente dimostrato come la corresponsione degli onorari agli arbitri da parte dell'ente trovi esauriente giustificazione nel rapporto negoziale che lega questo alle parti: qualora si configuri il contratto di amministrazione come mandato senza rappresentanza, la camera arbitrale opererebbe in nome proprio, quale mandataria delle parti⁷³, o secondo altri quale acollataria del debito dei litiganti nei confronti dei soggetti giudicanti⁷⁴. Qualora invece, secondo l'opinione che appare preferibile⁷⁵, si configuri il contratto di amministrazione quale negozio atipico nell'ambito del quale l'istituzione compie alcune attività in nome e per conto delle parti *ex art. 1704 c.c.*, il pagamento degli onorari costituirebbe una mera esecuzione di tale mandato, con spesa diretta del nome dei litiganti⁷⁶.

Il problema del rapporto tra arbitri ed istituzione, tuttavia, merita di essere rimeditato alla luce di un inquadramento complessivo delle attività coinvolgenti tali due centri di interessi: la circostanza che il pagamento degli onorari non presupponga un rapporto contrattuale non è sufficiente a negare *ipso facto* l'esistenza dello stesso. Anzitutto occorre chiedersi a quale titolo, ritenuta l'assenza di un legame negoziale tra i soggetti giudicanti e la camera arbitrale, quest'ultima possa sollecitare alle parti il pagamento degli onorari. Prendendo le mosse dalla qualificazione del contratto di amministrazione

⁷³ RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 516, 518 con riferimento a DITCHEV, *Le contrat d'arbitrage – Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer*, in *Rev. Arb.*, 1981, 394 ss.

⁷⁴ E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato "amministrato"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 7; E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, cit., § 7 c), rileva come la tesi dell'accollo *ex art. 1723 c.c.* abbia, rispetto alla teoria del pagamento da parte dell'istituzione quale semplice esecuzione di un mandato senza rappresentanza, "il merito di permettere in ogni caso un'azione diretta degli arbitri nei confronti delle parti nel caso in cui l'istituzione non provveda a liquidare le spettanze degli arbitri".

⁷⁵ V. *supra*, Parte I Sez. 1 Cap. 1.

⁷⁶ E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, cit., § 7 c); CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, cit., 693, con riferimento a SANTAGATA, *Del mandato*, in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, 399.

quale mandato, sembrerebbe potersi utilizzare l'art. 1719 c.c.⁷⁷: l'istituzione, mandataria delle parti (che, lo si ripete, costituiscono in questa sede un unico polo negoziale), potrebbe intimare alle stesse la somministrazione dei mezzi necessari per l'esecuzione del mandato. Il riferimento all'art. 1719 c.c., tuttavia, presenta un problema difficilmente aggirabile: atteso che la norma riconosce in capo al mandatario un diritto (il diritto a ricevere la "somministrazione dei mezzi necessari"), dal momento dell'instaurazione del rapporto contrattuale il mandatario potrebbe agire in giudizio nei confronti del mandante inadempiente, per ottenere quanto dovuto *ex art. 1719 c.c.*⁷⁸ Di conseguenza, in caso di mancato pagamento degli onorari da parte dei litiganti, l'ente-mandatario avrebbe due alternative: rinunciare con giusta causa al mandato, oppure agire per sentire condannare la controparte contrattuale al pagamento delle relative somme. Tale conclusione, oltre ad essere assai lontana dalla realtà del fenomeno dell'arbitrato amministrato, rischia di produrre un'inutile duplicazione della legittimazione attiva. Infatti, l'azione potrebbe essere proposta nei confronti delle parti tanto dagli arbitri, in quanto creditori in proprio, quanto dalla camera arbitrale, in quanto mandataria dei litiganti, tenuta a trasmettere le somme ricevute agli stessi arbitri. In forza di simili considerazioni, la giurisprudenza chiarisce come l'azione per il pagamento degli onorari possa essere proposta nei confronti delle parti solo dagli arbitri e non anche dall'istituzione⁷⁹: con tutta evidenza, tale orientamento esclude che la camera arbitrale possa esigere il pagamento degli onorari *ex art. 1719 c.c.* ed impone di ricostruire su altre basi, dal punto di vista sostanziale, l'attività di escussione posta in essere dall'istituzione.

⁷⁷ In tal senso E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato, cit.*, § 7 c).

⁷⁸ Cass. Sez. III, 8 ottobre 2009, n. 21388.

⁷⁹ Trib. Cagliari, decreti 8 maggio 2008 e 18 maggio 2009, in *Riv. Arb.*, 2009, 493, con nota di SILVESTRI.

In caso di mancato pagamento delle somme dovute da parte dei litiganti, i regolamenti di arbitrato adottano generalmente la soluzione - talvolta anticipata da un periodo di sospensione - della chiusura in rito del procedimento: si tratta della c.d. finzione della rinuncia agli atti del processo arbitrale⁸⁰. Disposizioni di questo tenore inducono ad escludere, come illustrato, che il mancato pagamento degli onorari possa legittimare un'ipotetica iniziativa giudiziaria da parte della camera arbitrale, tesa ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione di somministrazione da parte dei mandanti: sebbene le parti debbano versare all'ente le somme dovute agli arbitri a titolo di onorari, il mancato pagamento produce *ipso facto* dal punto di vista processuale l'estinzione del procedimento e dal punto di vista sostanziale l'estinzione del contratto di amministrazione *ex art. 1722 comma 1 n. 3 c.c.* Rispetto a tali conseguenze previste dal regolamento di arbitrato, l'istituzione non ha la possibilità di mantenere in vita il contratto di amministrazione ed ottenere, se del caso anche attraverso un'azione giudiziaria, i mezzi necessari all'esecuzione dello stesso. L'introduzione nel regolamento del meccanismo di finzione della rinuncia agli atti, dunque, opera dal punto di vista sostanziale quale patto contrario ai sensi dell'art. 1719 c.c.: le parti hanno, nei confronti dell'istituzione, l'onere - non l'obbligo - di versare le somme dovute agli arbitri a titolo di onorari. Il mancato pagamento comporta, tra gli altri effetti, l'estinzione del contratto di amministrazione; avverso le parti potranno agire per il pagamento di quanto dovuto a titolo di onorari esclusivamente i relativi creditori, ovvero gli arbitri. L'istituzione, da parte sua, potrà agire in giudizio limitatamente alle somme di cui è creditrice, ovvero a quanto dovuto dai litiganti quale compenso per l'attività di amministrazione.

Si è dimostrato come il pagamento degli onorari nelle mani dell'istituzione costituisca per le parti un onere, necessario al fine di ottenere

⁸⁰ CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, cit., 693.

la prosecuzione dell'arbitrato, ma non un obbligo nel senso dell'art. 1719 c.c. Conseguentemente, la presenza di un contratto di amministrazione che lega le parti all'istituzione legittima quest'ultima a ricevere il pagamento degli onorari ed a trasmettere lo stesso agli arbitri, ma non a pretendere lo stesso o a sollecitarlo in alcun modo. Nell'ambito del contratto di amministrazione, infatti, la camera arbitrale è in una posizione di perfetta neutralità: essa è tenuta a consegnare le somme dovute agli arbitri, qualora le parti le versino, ma in caso contrario si limita a non dare seguito all'attività di amministrazione, mantenendo ovviamente il diritto al corrispettivo per le prestazioni già svolte. Ciò induce, dunque, a pensare che l'attività di riscossione degli onorari sia svolta dalla camera arbitrale non soltanto in esecuzione del contratto di amministrazione stipulato con i litiganti, ma anche nell'interesse degli arbitri, in forza di un diverso rapporto negoziale intercorrente con questi. La presenza di un legame tra l'istituzione e gli arbitri è d'altronde ravvisabile anzitutto a livello intuitivo: è difficile immaginare che i soggetti giudicanti, destinatari ultimi del pagamento, siano terzi indifferenti rispetto alle vicende dello stesso⁸¹.

È sufficiente allargare la prospettiva, considerando norme regolamentari diverse da quelle concernenti il pagamento degli onorari, per dimostrare come tra arbitri ed istituzione sussista un rapporto contrattuale. I regolamenti di arbitrato, infatti, riconoscono generalmente in capo all'istituzione un dovere di

⁸¹ WETTER, *The ICC in the Context of International Arbitration*, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 40, 57: “(an) advantage to parties and arbitrators alike is the financial administration undertaken by institutions, which relieves the arbitrators of potential embarrassment and clerical work and, if properly carried out, provides proper security to them”. È evidente come l'Autore descriva l'attività di intermediazione economica svolta dall'istituzione come un servizio offerto nell'interesse degli arbitri, più che dei litiganti.

porre gli arbitri in condizione di svolgere le loro funzioni giurisdizionali⁸², sia astenendosi dall'invasione delle prerogative degli stessi, sia fornendo tutti i mezzi necessari all'espletamento del mandato⁸³. Oltre a ciò, anche laddove il regolamento di arbitrato non contenga disposizioni espresse, l'istituzione deve ritenersi obbligata ad offrire agli arbitri supporto ed informazione⁸⁴: così, ad esempio, qualora i soggetti giudicanti non siano dotati di una specifica preparazione giuridica, non sembra che la camera possa esimersi dal fornire consulenza agli stessi⁸⁵; ancora, nel caso in cui nel corso del procedimento debbano essere svolte attività in una lingua che gli arbitri non padroneggiano⁸⁶, l'istituzione dovrà fornire un servizio di traduzione⁸⁷. Il regolamento tipo delle Camere di commercio prevede un'attività di controllo dei requisiti formali del lodo⁸⁸ non quale adempimento obbligatorio, ma quale

⁸² MELIS, *Function and Responsibility of Arbitral Institutions*, conferenza tenuta a Bologna, 29-30 maggio 1987, in *Comparative Law Yearbook of International Business*, 1991, 107, 114.

⁸³ PLANTEY, *Quelques observations sur l'arbitrage administré*, in *Journal du Droit International*, 1999, 731; FARGES, *Étude comparée des règlements des chambres arbitrales*, Parigi, 1994, 443; DELALANDE, interventi ai lavori del Comitato francese per l'arbitrato, Parigi, 19 giugno 1990, *Les institutions d'arbitrage en France*, in *Rev. Arb.*, 1990, 375 ss.

⁸⁴ In tal senso, con specifico riferimento alle attività di supporto fornite dalla Camera di commercio internazionale, BEECHEY, *Institutional Developments at the ICC International Court of Arbitration*, in *ICSID Rev.*, 2009, 10.

⁸⁵ COBOS, *Rules for the conduct and training of arbitrators (Possible scope for action and co-operation between arbitration institutes)*, in SANDERS (a cura di), *ICCA Congress Series no. 1 – New trends in the development of International Commercial Arbitration and the role of arbitral and other institutions*, L'Aia, 1983, 77, 79.

⁸⁶ La circostanza può verificarsi anche laddove gli arbitri comprendano la lingua del procedimento: si pensi all'escussione di testimoni.

⁸⁷ VÁRADY, *Language and Translation in International Commercial Arbitration - From the Constitution of the Arbitral Tribunal through Recognition and Enforcement Proceedings*, L'Aia, 2006, 94 ss.; FOUCHARD, *Relationships Between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution*, in *The Status of the Arbitrator*, *ICC Bull.*, supplemento speciale, Parigi, 1995, 12, 22.

⁸⁸ Art. 31 comma 4.

“opportunità offerta agli arbitri, utile soprattutto quando sia nominato un tribunale arbitrale composto da soggetti non esperti in diritto”⁸⁹: è ben difficile negare come tale meccanismo consista in un servizio offerto dalla Camera direttamente agli arbitri. Non pare possibile configurare tali funzioni esclusivamente come attività esecutive del contratto di amministrazione: il procedimento arbitrale delineato dai regolamenti, infatti, prevede non una mera concorrenza di prestazioni, ma un’attiva collaborazione tra soggetti giudicanti ed ente, evidentemente nell’ambito di un sistema di obbligazioni corrispettive⁹⁰. Da parte loro, infatti, gli arbitri hanno nei confronti dell’istituzione dei doveri di riservatezza, di disponibilità e di diligenza, miranti a garantire la corretta applicazione del regolamento arbitrale⁹¹, i quali si atteggiavano in modo diverso in base ai contenuti dello stesso: in alcuni casi, gli arbitri sono tenuti a trasmettere all’istituzione un progetto di lodo, al fine di consentire un controllo di regolarità formale⁹². In generale, inoltre, gli arbitri hanno il dovere di comunicare all’istituzione ogni circostanza rilevante inerente al procedimento (ad esempio le date delle udienze ed i termini a

⁸⁹ LUISO, *Il nuovo regolamento-tipo per l’arbitrato amministrato dalle Camere di commercio*, in *Riv. Arb.*, 2007, 15, 19.

⁹⁰ FOUCHARD, *Relationships Between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution*, cit., 12, 23; ADEN, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Monaco, 1988, 66; VOGT, *Der Schiedsrichtervertrag nach schweizerischem Recht*, Zurigo, 1984, 79-82. In tal senso si esprime in modo ufficiale la Camera di commercio internazionale: *Final Report on the Status of the Arbitrator*, in *ICC Bull.*, 1996, 1, 27, 29. *Contra*, tuttavia, HOFFET, *Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien*, Zurigo, 1991, 160, 168-170. In posizione isolata sostiene l’esistenza di ben cinque distinti rapporti contrattuali SCHÖLDSTRÖM, *The Arbitrator’s Mandate – A Comparative Study of Relationships in Commercial Arbitration under the Laws of England, Germany, Sweden and Switzerland*, Stoccolma, 1998, 399 ss.

⁹¹ SLATE, *Institutional Developments at the American Arbitration Association*, in *ICSID Rev.*, 2009, 3, 5 ss.

⁹² V. *infra*, Parte II Cap. 9.

difesa assegnati alle parti)⁹³, al fine di consentire un'efficace gestione pratica dell'arbitrato. In capo agli arbitri ed all'istituzione, pertanto, sussiste un complesso di reciproche obbligazioni di collaborazione, finalizzate ad ottenere la corretta applicazione del regolamento arbitrale; dette obbligazioni derivano non esclusivamente dai rapporti contrattuali che i citati soggetti intrattengono con le parti (mandato arbitrale e contratto di amministrazione), ma anche da un distinto contratto che lega l'istituzione direttamente ai giudici privati. A conferma di quanto esposto, appare opportuno considerare un basilare argomento *a contrario*: negando la natura contrattuale del rapporto che mette in relazione l'ente agli arbitri nell'arbitrato amministrato, si assimila *in toto* il ruolo dell'istituzione arbitrale a quello di chi agisca quale mera *appointing authority*, prendendo parte esclusivamente alla fase di nomina dei giudici privati. È evidente come i due fenomeni siano del tutto eterogenei e non possano trovare la medesima spiegazione sul piano dei rapporti sostanziali: l'esistenza di un rapporto di collaborazione diretta tra istituzione e giudici privati implica l'esistenza di un ulteriore nesso negoziale, che differenzia l'arbitrato amministrato dall'arbitrato *ad hoc* nel quale la camera assuma esclusivamente compiti di nomina⁹⁴.

Chiarita la natura contrattuale del rapporto che lega gli arbitri all'istituzione, è necessario operare una qualificazione dello stesso. Come sopra illustrato, il contratto in questione prevede prestazioni corrispettive, accomunate dalla medesima finalità di buon andamento del processo privato; la dottrina francese, prendendo le mosse dall'erogazione di tali prestazioni, fa

⁹³ Si esprime a questo proposito in termini di “responsabilità” del tribunale arbitrale MARTINEZ-FRAGA, *The American Influence on International Commercial Arbitration - Doctrinal Developments and Discovery Methods*, Cambridge, 2009, 78.

⁹⁴ Si pensi al caso in cui la Camera di commercio internazionale intervenga quale *appointing authority* in un arbitrato retto dal regolamento UNCITRAL.

frequentemente riferimento alla figura del mandato. Non vi è, tuttavia, univocità di vedute circa la distribuzione dei ruoli: alcuni autori attribuiscono il ruolo di mandante all'istituzione⁹⁵, altri agli arbitri⁹⁶. In alcuni casi, indubbiamente, l'ente compie attività per conto delle parti (si pensi alla riscossione degli onorari⁹⁷, la quale peraltro avviene generalmente prima che gli arbitri siano stati nominati); il rapporto contrattuale, tuttavia, comprende anche attività di altra natura, che gli arbitri compiono nell'interesse dell'istituzione. Per tali ragioni, attesa l'impossibilità di distinguere in modo netto la figura del mandante da quella del mandatario, occorre concludere nel senso dell'insufficienza della qualificazione del contratto in termini di mandato: tale tipo negoziale, infatti, è in grado di fotografare solo alcune delle prestazioni dedotte in obbligazione nel caso di specie. Per le stesse ragioni, non appare pertinente la qualificazione in termini di deposito: come giustamente notato in dottrina, la riscossione degli onorari non è che una delle molteplici prestazioni che caratterizzano il rapporto contrattuale intercorrente tra arbitri ed ente⁹⁸. Oltre a ciò, si è visto come la circostanza che l'istituzione riceva le somme spettanti agli arbitri potrebbe di per sé giustificarsi anche alla luce del solo contratto di amministrazione, nell'ambito del quale la camera assume funzioni di mandatario; la figura del depositario, pertanto, appare del tutto insufficiente a descrivere il complesso delle prestazioni svolte dall'ente.

Più aderente alla realtà del fenomeno appare, senza dubbio, la figura dell'appalto di servizi: analogamente a quanto avviene nell'ambito del

⁹⁵ MOUZON, in risposta al questionario della Camera di commercio internazionale sullo statuto dell'arbitro, in CLAY, *L'arbitre*, Parigi, 2001, 790; PANCHAUD, Interventi al dibattito *Le choix des arbitres*, in *Qualification de l'arbitre International*, *Rev. Arb.*, 1970, 207 ss.

⁹⁶ HORY, *Les garanties fondamentales de bonne justice dans l'arbitrage*, tesi presso l'Università Paris II; POUDRET, in risposta al questionario della Camera di commercio internazionale sullo statuto dell'arbitro, entrambi citati da CLAY, *L'arbitre*, cit., 790.

⁹⁷ *Final Report on the Status of the Arbitrator*, cit., 27 ss.

⁹⁸ CLAY, *L'arbitre*, cit., 792.

contratto di amministrazione, l'ente fornisce alcune prestazioni finalizzate a garantire il buon andamento dell'arbitrato, stavolta non nei confronti dei litiganti ma nei confronti del tribunale arbitrale. Il parallelismo con il contratto di amministrazione è altresì utile sotto il profilo dell'individuazione dei poli di interesse coinvolti nel negozio: così come le parti, anche gli arbitri costituiscono in questa sede, indipendentemente dalla composizione monocratica o plurisoggettiva del tribunale privato, un'unica controparte contrattuale rispetto all'istituzione. Rimane, tuttavia, inalterato il problema della distribuzione dei ruoli illustrato a proposito del mandato: è impossibile distinguere la figura dell'appaltante da quella dell'appaltatore, in quanto sia la camera che il tribunale arbitrale offrono e ricevono reciproche prestazioni.

Alla luce di tale peculiare conformazione del rapporto obbligatorio, è necessario concludere nel senso dell'atipicità: l'ente di amministrazione ed il tribunale arbitrale sono legati da un contratto a prestazioni corrispettive, nel quale ciascuna parte riceve ed offre servizi finalizzati al buon andamento del procedimento. È proprio tale finalità a fornire la cornice logica entro cui è possibile cogliere la cifra distintiva e l'identità funzionale del negozio: pertanto, appare opportuno definire lo stesso quale "contratto di cooperazione arbitrale".

3.2 Il momento perfezionativo del contratto di cooperazione arbitrale

Chiariti i caratteri fondamentali del contratto che lega gli arbitri all'istituzione, è necessario indagare la dinamica genetica dello stesso. La nomina degli arbitri non costituisce necessariamente la prima occasione di contatto tra le parti e l'ente: in molti casi, infatti, i regolamenti di arbitrato amministrato prevedono la presenza di un elenco di nominativi, al quale

attingere a fini di nomina⁹⁹. Parte della dottrina esclude che tale circostanza possa assumere qualsiasi rilevanza: l'iscrizione nell'elenco degli arbitri tenuto dall'istituzione non farebbe nascere alcun diritto in capo ai soggetti coinvolti, né vincolerebbe alcuno di essi ad accettare la nomina, ove proposta¹⁰⁰. Tale argomento risulta senza dubbio fondato: la conclusione del contratto di cooperazione arbitrale non può essere retrodatata al momento dell'eventuale inclusione del nome dell'arbitro nella lista, per la semplice circostanza che, in tale frangente, non pende alcun procedimento arbitrale e dunque il contratto di cooperazione non ha ancora il proprio oggetto. Altri Autori, tuttavia, sottolineano come la presenza di una lista di possibili arbitri non sia del tutto priva di conseguenze: chiedendo di essere incluso all'interno della stessa, il potenziale arbitro accetta che i propri compensi siano determinati nella misura prevista dal regolamento¹⁰¹. Tale tesi evidenzia un aspetto di fondamentale importanza: la domanda di iscrizione nella lista, per quanto di per sé non idonea al perfezionamento del contratto di cooperazione arbitrale, costituisce una manifestazione di volontà (in particolare una comunicazione di generale disponibilità¹⁰²) e come tale necessita di inquadramento giuridico. Manifestando la propria disponibilità ad assumere funzioni giurisdizionali, l'aspirante arbitro formula nei confronti dell'ente un invito ad offrire, mirante alla conclusione del contratto di cooperazione; con la comunicazione della nomina, detto ente comunica la propria offerta, che sarà accettata dal soggetto giudicante contestualmente all'accettazione dell'incarico arbitrale. Al

⁹⁹ V. *infra*, Parte II Cap. 1; § 1.1.

¹⁰⁰ FOUCHARD, *Relationships Between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution*, cit., 21.

¹⁰¹ LUISO, *L'arbitrato delle Camere di commercio*, relazione al convegno *L'arbitrato al servizio dell'impresa*, Lucca 10 giugno 1988, 32 ss.

¹⁰² Si è già illustrato come tale qualificazione in termini di dichiarazione di disponibilità generica non escluda un successivo rifiuto di concludere il contratto di arbitrato da parte del soggetto nominato arbitro: v. *supra*, parte I Sez. 1 Cap. 2.

momento della comunicazione della nomina, infatti, il potenziale arbitro è portato a conoscenza dell'oggetto dell'arbitrato, dell'identità delle parti e di ogni altra circostanza fondamentale inerente al procedimento: conseguentemente, accettando l'incarico, l'arbitro perfezionerà tanto il contratto con le parti, quanto quello con l'istituzione. Qualora il regolamento preveda un meccanismo di conferma della nomina da parte dell'istituzione¹⁰³, l'accettazione dovrà intendersi come sottoposta a condizione sospensiva *ex art. 1353 c.c.*: il contratto di cooperazione, dunque, si perfezionerà con il sopraggiungere del parere positivo da parte dell'ente. È interessante notare come il contratto di cooperazione si concluda nello stesso momento in cui si perfeziona il contratto di mandato arbitrale: la circostanza non è casuale, atteso che le prestazioni che arbitri e parti reciprocamente si forniscono sono tutte strettamente finalizzate al buono svolgimento della funzione di *jus dicere*.

3.3 Vicende patologiche del contratto di collaborazione arbitrale

La dottrina che nega l'esistenza di un nesso negoziale intercorrente tra gli arbitri e l'istituzione si interroga in ordine alla natura del titolo di responsabilità gravante sull'ente, qualora esso cagioni un danno ai giudici privati. In tale contesto, sono state prese in considerazione varie circostanze: una delle situazioni più interessanti è quella della camera che rifiuti immotivatamente l'inclusione del potenziale arbitro nella lista dei nominativi a cui attingere a fini di nomina o rimuova ingiustificatamente lo stesso da detto elenco¹⁰⁴. Qualora si neghi l'esistenza di un rapporto contrattuale tra gli

¹⁰³ V. *supra*, Parte I Sez. 1 Cap. 2 ed *infra*, Parte II Cap. 2.

¹⁰⁴ Per il caso di cancellazione ingiustificata, CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, cit., 686, n. 79, ipotizza un'applicazione analogica dell'art. 813 comma 2 c.p.c. nel testo vigente in data anteriore alla riforma del D. Lgs. 40/2006 (norma oggi transitata all'art. 813 *ter*

arbitri e l'istituzione, sembrerebbe naturale ritenere che tali comportamenti diano origine ad un titolo di responsabilità extracontrattuale¹⁰⁵; in senso contrario, tuttavia, parte della dottrina configura un'ipotesi di responsabilità contrattuale da contatto sociale¹⁰⁶. Senza potere in questa sede approfondire le problematiche connesse alla teoria dell'obbligazione senza prestazione, è utile rilevare come l'idea della responsabilità da contatto sociale, specie nella sua elaborazione giurisprudenziale, postuli l'esistenza di un contratto, che coinvolge un terzo anziché legare direttamente l'autore della lesione da un lato ed il titolare dell'interesse leso dall'altro¹⁰⁷. La presenza di detto contratto è idonea ad ingenerare un affidamento nel soggetto leso, il quale può legittimamente attendersi un determinato comportamento ed un certo grado di diligenza da parte dell'agente, pur non avendo concluso il contratto direttamente con quest'ultimo: conseguentemente, la responsabilità assume forma contrattuale, poiché la colpa dell'agente rileva in astratto, sulla base del

comma 1 n. 1 c.p.c.). Le situazioni, tuttavia, non sembrano essere paragonabili: mentre la rinuncia all'incarico costituisce una forma di estinzione di un rapporto contrattuale già esistente, in questo caso, anche qualora si acceda alla tesi dell'esistenza di un nesso negoziale tra l'istituzione e gli arbitri, il contratto di cooperazione non risulta ancora perfezionato. Tuttavia, pur non ricorrendo i presupposti per un'interpretazione analogica della norma codicistica, non sembra potersi *a priori* escludere la possibile insorgenza di un profilo di responsabilità.

¹⁰⁵ MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, cit., 25.

¹⁰⁶ E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, cit., § 6, con riferimento a CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 177 ss.

¹⁰⁷ V. in tal senso, limitandosi alla più recente esperienza giurisprudenziale, Cass. Sez. III, 21 luglio 2011, n. 15992, con riferimento ad un pregresso rapporto di lavoro tra le parti; Cass. Sez. III, 13 luglio 2010, n. 16394; Cass. Sez. III, 26 aprile 2010, nn. 9906 e 9325, in *Danno e resp.*, 2011, 4, 392 ss. con nota di PASTORE; Cass. Sez. III, 3 marzo 2010, n. 5067; Cass. Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2352; Cass. Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1538; Cass. Sez. III, 1 dicembre 2009, n. 25277; Cass. Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass. Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712; Cass. Sez. III, 21 marzo 2007, n. 8067; Cass. Sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085; Cass. Sez. III, 18 novembre 2005, n. 24456; Cass. Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346; Cass. Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

raffronto tra il comportamento tenuto ed il paradigma contrattuale, e non necessita di una prova in concreto. Così, ad esempio, il paziente di una struttura sanitaria conclude con la stessa un contratto di ospitalità, ma l'eventuale responsabilità del medico sarà contrattuale¹⁰⁸; allo stesso modo, risponderà a titolo contrattuale l'insegnante che abbia cagionato danni all'allievo, sebbene questi intrattenga un rapporto negoziale con l'istituto scolastico e non con il singolo docente¹⁰⁹. Nel caso dell'istituzione arbitrale, non è dato vedere quale contratto venga in evidenza e possa fornire il modello di raffronto rispetto al quale valutare gli eventuali profili di responsabilità: la camera arbitrale si limita a tenere un elenco di possibili arbitri, a cui i soggetti interessati possono richiedere l'iscrizione. Qualora le attività connesse alla tenuta dell'elenco cagionino un danno agli aspiranti arbitri, pertanto, la responsabilità avrà necessariamente carattere extracontrattuale.

Anche nel caso in cui, secondo l'opinione che appare preferibile, si ritenga sussistente un rapporto contrattuale tra l'istituzione e le parti, il titolo di responsabilità per i danni cagionati dall'ente in conseguenza della tenuta dell'elenco di arbitri continua ad avere indole extracontrattuale: come illustrato, infatti, il contratto di cooperazione arbitrale non si perfeziona prima dell'accettazione di un effettivo incarico. Tuttavia, atteso che l'accettazione della nomina avrebbe quale conseguenza la stipulazione di un contratto tra gli arbitri e l'istituzione, occorre domandarsi se in capo a quest'ultima possa essere configurata una responsabilità precontrattuale. La risposta è senza dubbio negativa: la responsabilità precontrattuale, infatti, presuppone che tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione del un contratto, giunte ad

¹⁰⁸ V. le già citate Cass. Sez. III, 13 luglio 2010, n. 16394; Cass. Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1538; Cass. Sez. III, 1 dicembre 2009, n. 25277; Cass. Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass. Sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085; Cass. Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

¹⁰⁹ V. le già citate Cass. Sez. III, 26 aprile 2010, n. 9906 e 9325; Cass. Sez. III, 3 marzo 2010, n. 5067; Cass. Sez. III, 21 marzo 2007, n. 8067; Cass. Sez. III, 18 novembre 2005, n. 24456; Cass. Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346.

uno stadio tale da ingenerare un oggettivo affidamento e successivamente interrotte *ex abrupto* con violazione dei canoni di buona fede e correttezza¹¹⁰. La circostanza che il nominativo del soggetto sia stato inserito nell'elenco, o *a fortiori* che sia stata solamente formulata una richiesta in tal senso, non può essere equiparata allo svolgimento di trattative, specialmente ove si consideri che la prassi di molte istituzioni arbitrali va nel senso dell'inclusione nell'elenco chiunque lo desideri, purché in possesso di determinati requisiti identificati *a priori*. Si potrà parlare di trattativa solo nel momento in cui l'istituzione abbia comunicato al soggetto la nomina ad arbitro in un particolare arbitrato ed abbia fornito le rilevanti informazioni circa detto procedimento.

Per le stesse ragioni, tuttavia, non si può escludere l'insorgere di una diversa forma di responsabilità extracontrattuale, nel caso in cui le modalità concrete del diniego di iscrizione o della cancellazione dall'elenco siano idonee a ledere la reputazione del soggetto: in tal caso, l'aspirante arbitro potrebbe far valere un danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.* In proposito, tuttavia, occorre sottolineare che il soggetto dovrebbe dimostrare la lesione della propria dignità personale in conformità all'opinione del gruppo sociale di appartenenza¹¹¹; atteso che l'istituzione non è affatto tenuta a fornire motivazioni in ordine alla propria scelta di negare l'iscrizione di un soggetto nella lista o rimuovere un nominativo dalla stessa, non è facile immaginare l'effettivo insorgere di una simile responsabilità. La mancata iscrizione o la cancellazione dall'elenco, anche qualora prive di apprezzabili cause di giustificazione, non sono di per sé sufficienti ad ingenerare la responsabilità

¹¹⁰ Cass. Sez. lavoro, 25 gennaio 2012, n. 1051; Cass. Sez. III, 29 luglio 2011, n. 16735; Cass. Sez. I, 18 giugno 2005, n. 13164; Cass. Sez. III, 05 agosto 2004, n. 15040; Cass. Sez. lavoro, 7 maggio 2004, n. 8723; Cass. Sez. III, 10 ottobre 2003, n. 15172; Cass. Sez. Unite, 16 luglio 2001, n. 9645; Cass. Sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157.

¹¹¹ In tal senso *ex plurimis* Cass. Sez. III, 20 ottobre 2009, n. 22190; Cass. Sez. III, 19 febbraio 2009, n. 4053; Cass. Sez. III, 14 ottobre 2008, n. 25157.

dell'istituzione; alla luce di quanto esposto, quest'ultima sarebbe tenuta al risarcimento del danno non patrimoniale nella sola, infrequente ipotesi in cui la scelta di escludere il soggetto sia espressamente motivata con locuzioni tali da offendere la dignità dello stesso.

Chiariti i possibili profili di responsabilità dell'ente antecedenti alla stipulazione del contratto di cooperazione arbitrale, è possibile analizzare le vicende patologiche successive al perfezionamento dello stesso. Come illustrato, l'istituzione versa gli onorari agli arbitri non in proprio, ma in nome e per conto dei litiganti; conseguentemente, in caso di mancato pagamento, gli arbitri possono agire direttamente nei confronti dei debitori, ovvero delle parti del procedimento. Tuttavia, l'attività di intermediazione svolta dalla camera arbitrale relativamente al pagamento degli onorari rileva anche sotto il profilo dei rapporti con i soggetti giudicanti: è nell'interesse degli arbitri e non semplicemente in esecuzione del contratto di amministrazione che l'istituzione richiede ai litiganti il pagamento degli onorari¹¹². Qualora l'ente rimanga inadempiente rispetto a tale obbligazione di escussione e gli arbitri non riescano ad ottenere dalle parti il corrispettivo dovuto, sorgerà ovviamente una responsabilità di tipo contrattuale: gli arbitri non saranno tenuti a provare la colpa dell'ente, la quale rileverà *in re ipsa* dal raffronto con quanto previsto nel regolamento arbitrale. Tale ipotesi, peraltro, sembra avere rilievo principalmente teorico: nella prassi, l'attività di riscossione degli onorari è solitamente svolta dalla camera arbitrale, in forza del ruolo ad essa attribuito dal complessivo sistema di rapporti negoziali che fondano l'arbitrato amministrato, già prima della nomina e dell'accettazione degli arbitri.

Anche la dottrina che nega l'esistenza di un rapporto contrattuale tra arbitri ed istituzione conclude nel senso del titolo contrattuale della

¹¹² Tale pagamento risponde solitamente ad un sistema di anticipazioni paramtrate sul valore della controversia: sul punto v. *infra*, Parte II Cap. 10.

responsabilità, sulla base dell'esistenza di un contatto sociale¹¹³. In questo caso, a differenza dell'ipotesi della mancata iscrizione o cancellazione dalla lista, un contatto sociale sussiste: tra parti ed istituzione, infatti, intercorre un contratto in forza del quale gli arbitri, per quanto terzi, possono legittimamente aspettare l'erogazione di una prestazione secondo canoni di diligenza. In ogni caso, qualora si affermi - come appare preferibile - l'esistenza di un contratto di cooperazione arbitrale, la configurazione di una responsabilità contrattuale in capo all'istituzione non necessita del riconoscimento di un affidamento basato sul contatto sociale.

Dopo aver chiarito come gli arbitri possano agire a titolo di responsabilità contrattuale nei confronti dell'istituzione, è necessario domandarsi se possa verificarsi la situazione opposta, ovvero un'azione risarcitoria proposta dalla camera arbitrale nei confronti dei soggetti giudicanti. Dalla negligenza degli arbitri può senza dubbio discendere un inadempimento del contratto di amministrazione, a motivo del quale l'istituzione può, in assenza di clausole di esonero, essere chiamata responsabile dai litiganti¹¹⁴: si consideri l'ipotesi della violazione dei doveri di confidenzialità¹¹⁵. Il contratto di cooperazione arbitrale impone agli arbitri di collaborare con l'istituzione al fine di garantire il buon andamento del procedimento: l'ente che sia convenuto in giudizio dai litiganti può dunque, in linea di principio, chiamare in causa gli arbitri negligenti che abbiano

¹¹³ E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, cit., § 7 c); CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, cit., 694 ss., con riferimento a CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.* e *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995.

¹¹⁴ Sui profili di responsabilità dell'istituzione e sull'introduzione nei regolamenti di clausole di esonero v. *infra*, Parte III Cap. 4.

¹¹⁵ Sulla portata del dovere di confidenzialità nell'arbitrato amministrato internazionale ed interno v. *infra*, Parte III Cap. 1.

realizzato o contribuito a realizzare i presupposti dell'adempimento del contratto di amministrazione. Tale conclusione non confligge con la circostanza che agli arbitri sia riconosciuta *ex art. 813 ter* una parziale immunità relativa all'esercizio delle funzioni giurisdizionali: tale norma, infatti, attiene ai rapporti con le parti e concerne l'attività di carattere giurisdizionale, non i doveri di cooperazione sussistenti nei confronti dell'istituzione¹¹⁶.

L'odierno arbitrato amministrato è un fenomeno complesso di giustizia privata, nel quale la volontà dei compromittenti si interseca con una struttura istituzionale ed un *corpus* normativo - il regolamento arbitrale - che prevede una costante sinergia tra ente ed arbitri. Conseguentemente, i rapporti tra tali due poli soggettivi non sembrano potersi descrivere, dal punto di vista sostanziale, in termini di mera concorrenza di funzioni: arbitri ed istituzione, pur svolgendo rispetto alle parti prestazioni diverse, non si pongono in un rapporto di semplice coesistenza parallela e neutrale, ma si influenzano a vicenda, nell'ambito di un quadro di reciproca cooperazione delineato dal regolamento, mirante al raggiungimento del comune risultato processuale.

¹¹⁶ Le conclusioni, ovviamente, mutano negli ordinamenti che riconoscono all'arbitro un'immunità illimitata ed indiscriminata: in tal caso, l'azione risarcitoria nei confronti dei giudici privati sarà preclusa tanto alle parti quanto all'istituzione: v. *infra*, Parte III Cap. 4.

Sezione 2 - Il regolamento arbitrale in generale

Capitolo 1
IL REGOLAMENTO ARBITRALE IN RAPPORTO
ALLA VOLONTÀ DELLE PARTI

Sommario: 1.1 Incorporazione del regolamento arbitrale nella pattuizione privata ed ipotesi di contrasto - 1.2 Applicazione di un regolamento non più vigente - 1.3 Legittimità e conseguenze del rifiuto di amministrare

1.1 Incorporazione del regolamento arbitrale nella pattuizione privata ed ipotesi di contrasto

Stipulando un patto compromissorio per arbitrato amministrato, le parti incorporano nella propria pattuizione i contenuti del regolamento arbitrale prescelto¹¹⁷: il fenomeno, che risulterebbe indubbiamente legittimo anche in assenza di un'espressa previsione, avendo i paciscenti piena facoltà di determinare le modalità di svolgimento del procedimento *ex art. 816 bis* comma 1 c.p.c., trova oggi esplicito riconoscimento all'art. 832 comma 1 c.p.c. Come risulta evidente analizzando l'andamento dinamico del procedimento¹¹⁸, l'arbitrato amministrato presenta caratteri differenziali molto forti rispetto a quello *ad hoc*; conseguentemente, per le parti che decidano di coinvolgere nella gestione della lite un ente di amministrazione, risulta

¹¹⁷ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, 995; CARRATTA, *Commento all'art. 832 c.p.c.*, in CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, 1899; CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, 683; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 487; Piero BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, 1998, 33; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 55; WETTER, *The ICC in the Context of International Arbitration*, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 40, 57 e EDWARDS, *Choice of disputes machinery in international arbitration*, *ibidem*, 184 ss.

¹¹⁸ V. *infra*, Parte II.

consigliabile astenersi dall'apportare modifiche al regolamento o dall'escludere l'applicazione di parte di esso¹¹⁹. A tal fine, le Camere arbitrali predispongono delle clausole compromissorie standard, la cui introduzione nell'ambito di un contratto consente ai litiganti di fugare qualsivoglia dubbio circa i contenuti effettivi della comune volontà compromissoria¹²⁰: l'adesione a tali clausole è generalmente consigliata, atteso che la presenza di una struttura istituzionale e di un *corpus* preconstituito di norme procedurali mal si concilia con una libera manipolazione in sede di redazione della clausola arbitrale¹²¹. Tuttavia, nell'esercizio dell'autonomia privata, le parti sono in via di principio libere di apportare modifiche al regolamento arbitrale¹²²: tale possibilità è espressamente contemplata all'art. 832 comma 2 c.p.c.

¹¹⁹ Ovviamente, la considerazione non è valida qualora sia lo stesso regolamento arbitrale a prevedere la possibilità di escludere l'applicazione di alcune disposizioni (c.d. *opt-out*): si pensi, in questo senso, all'esperienza dell'*emergency arbitrator* presso la Camera di commercio internazionale (v. *infra*, Parte II Cap. 6).

¹²⁰ Sul ruolo delle clausole compromissorie standard v. FRIEDLAND, *Arbitration Clauses for International Contracts*, 2ª ed., Huntington, 2007, 1.

¹²¹ *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, guideline 2: "The parties should select a set of arbitration rules and use the model clause recommended for these arbitration rules as a starting point". Il commento a tale disposizione chiarisce i pericoli conseguenti all'alterazione della clausola compromissoria standard: "Once a set of arbitration rules is selected, the parties should use the model clause recommended by the institution or entity that authored the rules as a starting point for drafting their arbitration clause. The parties can add to the model clause, but should rarely subtract from it. By doing so, the parties will ensure that all the elements required to make an arbitration agreement valid, enforceable and effective are present. They will ensure that arbitration is unambiguously established as the exclusive dispute resolution method under their contract and that the correct names of the arbitral institution and rules are used (thus avoiding confusion or dilatory tactics when a dispute arises)". In senso analogo si esprimono E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, cit., 995, 998; LUISO, *L'art. 832 c.p.c.*, in <http://www.judicium.it>, § 6; LEW – MISTELIS – KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, 171; PAULSSON - RAWDING - REED - SCHWARTZ, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR - Clauses in International Contracts*, 2a edizione, L'aia, 1999, 96.

¹²² Elenca una serie di elementi accessori rispetto alla clausola modello JONES, *The drafting of disputes clauses*, in *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, cit., 193 ss.

La norma in questione si applica ai casi nei quali le parti abbiano fatto riferimento ad un regolamento arbitrale preconstituito: ciò è possibile non solo nell'ipotesi dell'arbitrato amministrato, ma anche qualora si adotti un semplice regolamento per arbitrato *ad hoc*¹²³. Se la convenzione di arbitrato contiene previsioni che contrastano con quanto previsto dal regolamento, l'art. 832 comma 2 c.p.c. accorda la prevalenza alla convenzione di arbitrato; tale disposizione, tuttavia, non può trovare identica applicazione nel procedimento amministrato ed in quello *ad hoc*. Qualora il riferimento ad un regolamento arbitrale non presupponga l'intervento di un ente di amministrazione, le parti che apportino modifiche a tale regolamento si limitano ad esercitare la facoltà di cui all'art. 816 *bis* comma 1 c.p.c.; il soggetto chiamato a svolgere funzioni giurisdizionali dovrà prendere atto delle regole prescelte dai litiganti, prima di procedere ad accettare il mandato conferito. Nel caso dell'arbitrato amministrato, invece, l'art. 832 comma 2 c.p.c. deve essere coordinato con il rispetto del consenso relativo al contratto di amministrazione. Come illustrato¹²⁴, la pubblicazione del regolamento costituisce un'offerta contrattuale e la stipulazione di un patto compromissorio recante modifiche a tale regolamento configura non un'accettazione, ma una nuova offerta (art. 1326 comma 5 c.c.)¹²⁵: il contratto di amministrazione, dunque, non si perfezionerà fintanto che l'istituzione non esprima una volontà concorde a quella dei litiganti ed accetti di amministrare il procedimento applicando le regole dettate nell'accordo arbitrale. Tale accettazione, naturalmente, potrà risultare anche da fatti concludenti: qualora la camera arbitrale dia ulteriore corso al procedimento, nessun dubbio potrà essere avanzato circa il

¹²³ Si pensi al caso del Regolamento di arbitrato UNCITRAL.

¹²⁴ V. *supra*, Parte I Sez. 1 Cap. 1.

¹²⁵ LUISO, *L'art. 832 c.p.c., cit.*, § 2; BERGAMINI, *Commento all'art. 15*, in BRIGUGLIO – SALVANESCHI (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale – Commentario*, Milano, 2005, 283, con riferimento a ARNALDEZ, *Réflexions sur l'autonomie et le caractère International du Règlement d'arbitrage de la CCI*, in *Journal du Droit International*, 1993, 857, 860.

perfezionamento del contratto di amministrazione. In questo caso, senza dubbio la disposizione di cui all'art. 832 comma 2 c.p.c. troverà applicazione: gli arbitri saranno tenuti ad applicare al procedimento amministrato le regole volute dalle parti e non quelle predisposte dall'istituzione, ove difformi. Tuttavia, il disposto dell'art. 832 non può essere utilizzato al fine di coartare l'autonomia negoziale dell'ente di amministrazione: qualora le parti apportino modifiche al regolamento, il contratto di amministrazione non si perfeziona con il deposito della domanda di arbitrato e l'istituzione non è affatto tenuta ad amministrare l'arbitrato secondo le regole volute dalle parti¹²⁶. In caso di legittimo rifiuto, dunque, troverà applicazione l'ultimo comma dell'art. 832 c.p.c.

1.2 Applicazione di un regolamento non più vigente

¹²⁶ In senso parzialmente difforme, sembrano considerare in ogni caso possibile la celebrazione del procedimento amministrato CAPONI, *Commento all'art. 832 c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1425 e CORSINI, *L'arbitrato amministrato secondo regolamenti precostituiti*, in *Riv. Arb.*, 2007, 301. Tale orientamento fa leva sulla considerazione secondo cui “affidarsi ad un arbitrato amministrato non deve in alcun modo privare le parti (...) della libertà di gestire direttamente e personalmente alcuni aspetti del procedimento, essendo le norme dei regolamenti dalle stesse derogabili” (AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc*, in ALPA (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, 1999, II, 825. Tuttavia, la circostanza che i regolamenti prevedano la possibilità di escludere l'applicazione di alcune disposizioni è di per sé sufficiente a dimostrare come la generalità delle previsioni, rispetto alle quali non sia previsto l'*opt-out*, non possano essere liberamente derogate dai paciscenti. L'opinione contraria, secondo cui ogni disposizione regolamentare potrebbe essere derogata in quanto dotata di un “rango precettivo sott'ordinato rispetto alle determinazioni contenute nella convenzione di arbitrato” (CAPONI, *Commento all'art. 832 c.p.c.*, *cit.*, 1425), finisce per coartare la volontà della camera arbitrale, che sarebbe in ogni caso obbligata a concludere il contratto di amministrazione; è evidente come tale ricostruzione finirebbe per minare la stessa legittimità costituzionale della norma. CARRATTA, *Commento all'art. 832 c.p.c.*, *cit.*, 1899, afferma che la disposizione non avrebbe portata innovatrice, in quanto i regolamenti riconoscono un'ampia facoltà di deroga alle parti in sede di redazione del patto compromissorio.

Le istituzioni arbitrali aggiornano periodicamente i propri regolamenti, al fine di migliorare l'efficienza del servizio offerto e rispondere alle esigenze manifestate dagli operatori pratici; l'attività di ricerca che conduce all'elaborazione di nuovi *corpus* normativi apre la strada, in molti casi, a proposte di riforma codicistica¹²⁷. È possibile che dal momento della sottoscrizione del patto compromissorio all'insorgere della controversia trascorra un notevole lasso di tempo, nel corso del quale il regolamento arbitrale subisca modificazioni; in tale ipotesi, il regolamento arbitrale vigente al momento dell'instaurazione del giudizio non è quello che le parti hanno valutato ed approvato quando hanno concluso l'accordo arbitrale. Come già illustrato¹²⁸, l'art. 832 comma 3 affronta tale problema stabilendo che, qualora i paciscenti non abbiano diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento ha inizio. La norma mira a garantire la possibilità di modificare il regolamento arbitrale: le nuove norme entreranno immediatamente in vigore anche per gli arbitrati fondati su un patto compromissorio stipulato sotto la vigenza delle precedenti regole, salvo il patto contrario dei litiganti; la previsione ricalca le disposizioni di molti regolamenti di arbitrato, che prevedono la prevalenza della nuova versione su quelle previgenti salva diversa indicazione¹²⁹. Conseguentemente, le parti che desiderino l'applicazione del regolamento vigente al momento della sottoscrizione dell'accordo arbitrale dovranno indicare esplicitamente tale volontà; in caso contrario, il riferimento ad un'istituzione arbitrale deve considerarsi come recettizio e le precedenti regole non potranno trovare applicazione.

¹²⁷ CARRATTA, *Commento all'art. 832 c.p.c., cit.*, 1920.

¹²⁸ *Supra*, Parte I Sez. 1 Cap. 1. Sul punto v. anche *infra*, Parte III Cap. 4.

¹²⁹ Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale, art. 6(1); Regolamento di arbitrato AAA ICDR, art. 1(a); Preambolo al regolamento di arbitrato LCIA; Swiss Rules, cfr. modello di clausola compromissoria suggerito dal regolamento; Regolamento di arbitrato CIETAC, art. 4(2); Preambolo al regolamento di arbitrato SCC.

La norma in questione non pone particolari problemi nel caso in cui le parti abbiano fatto riferimento ad un regolamento per arbitrato *ad hoc*; in questo caso, infatti, la disposizione codicistica si limita a risolvere il dubbio derivante dal possibile conflitto di disposizioni. Nell'ambito dell'arbitrato amministrato, invece, l'art. 832 comma 3 induce numerose riflessioni: come illustrato¹³⁰, i litiganti concludono con l'istituzione un contratto di amministrazione, secondo lo schema della proposta contrattuale (costituita dal regolamento arbitrale), a cui segue la comunicazione dell'accettazione (ovvero il deposito della domanda di arbitrato). La modifica del regolamento arbitrale, dunque, ha il valore di una revoca della precedente offerta al pubblico: come sottolineato in dottrina, tale revoca è pienamente efficace *ex art. 1328 comma 1 c.c.*, poiché il contratto di amministrazione non si perfeziona fintanto che una delle parti non porti l'ente di amministrazione a conoscenza dei contenuti del patto compromissorio¹³¹. Conseguentemente, la modifica del regolamento di arbitrato rende impossibile la conclusione del contratto di amministrazione secondo lo schema illustrato: l'accettazione infatti, perviene all'istituzione quando l'offerta contrattuale è già stata revocata¹³². In tale ipotesi, al fine del perfezionamento del contratto di amministrazione sarà necessaria una nuova espressione di consenso da parte

¹³⁰ V. *supra*, Parte I Sez. 1 Cap. 1.

¹³¹ LUIISO, *L'art. 832 c.p.c., cit.*, § 3.

¹³² Tale è la conclusione a cui perviene la giurisprudenza francese, anche nel caso in cui il regolamento d'arbitrato preveda espressamente l'applicazione delle norme vigenti al momento dell'inizio del procedimento: 22 gennaio 2009, Cour d'appel di Parigi, *SNF S.A.S. c/ Chambre de Commerce Internationale*, nota di KIFFER, *Comments on the Paris Court of Appeal Decision in SNF v. International Chamber of Commerce*, in *J. Int. Arb.*, 2009, 579, in riforma di Tribunal de grande instance di Parigi, 10 ottobre 2007, in *Rev. Arb.*, 2007, 847, con nota di JARROSSON. Sul punto v. in senso critico GREENBERG - MANGE, *Institutional and Ad Hoc Perspectives on the Temporal Conflict of Arbitral Rules*, in *J. Int. Arb.*, 2010, 199, 209.

di tutti i litiganti¹³³; solo in tal modo, infatti, la nuova proposta contrattuale formulata dall'istituzione potrà considerarsi accettata. Qualora una delle parti neghi il proprio consenso, ciò impedirà la conclusione del contratto di amministrazione¹³⁴, ma non farà naturalmente venire meno il consenso alla via arbitrale: data l'impossibilità di celebrare un procedimento amministrato, si aprirà la strada dell'arbitrato *ad hoc*, analogamente previsto dall'ultimo comma dell'art. 832 c.p.c. per il caso del rifiuto di amministrare¹³⁵.

L'art. 832 comma 3 c.p.c. fa salvo il patto contrario contenuto nell'accordo compromissorio: le parti, dunque, possono prevedere l'applicazione di un regolamento diverso da quello vigente al momento dell'insorgere della controversia. Tuttavia, come illustrato, la modifica del regolamento deve essere qualificata, in linea di principio, come una revoca dell'originaria offerta al pubblico; occorre dunque domandarsi se l'istituzione possa rifiutarsi di amministrare l'arbitrato, qualora l'accordo compromissorio contenga una deroga alla regola codicistica. La risposta al quesito deve essere suddivisa in due parti: sul versante teorico, atteso che l'accettazione di una proposta non più valida è indubbiamente insufficiente a produrre il risultato del perfezionamento del contratto di amministrazione, l'istituzione è libera di rifiutare il proprio consenso e precludere così lo svolgimento dell'arbitrato

¹³³ Espressa, ad esempio, in sede di atto di missione: in tal senso KIFFER, *Comments on the Paris Court of Appeal Decision in SNF v. International Chamber of Commerce*, *cit.*, 584.

¹³⁴ Peraltro, quando le modifiche del regolamento abbiano portata meramente formale ed il rifiuto di una delle parti appaia dettato da intenti meramente ostruzionistici, la parte che non voglia rinunciare all'arbitrato amministrato potrebbe, in linea di principio, far valere la violazione del canone generale di buona fede e chiedere l'accertamento in via giudiziale dell'avvenuto perfezionamento del contratto di amministrazione.

¹³⁵ V. *infra*.

amministrato¹³⁶. Anche in tale ipotesi, il rifiuto dovrebbe rispettare il principio della buona fede¹³⁷ e manterrebbe intatta l'efficacia del patto compromissorio, sulla base del quale potrebbe celebrarsi un arbitrato *ad hoc*. Sul versante pratico, tuttavia, le conclusioni appena illustrate devono essere parzialmente mitigate: come detto, infatti, molte istituzioni consentono alle parti di prevedere l'applicazione di un regolamento non più vigente. Qualora il nuovo regolamento contenga una disposizione di simile tenore, si deve ritenere che l'aggiornamento delle disposizioni non costituisca una revoca dell'originaria offerta al pubblico, ma la semplice formulazione di una nuova proposta, che si affianca alla precedente anziché soppiantarla. In tal caso, quindi, l'istituzione non potrà legittimamente rifiutare di amministrare l'arbitrato allegando l'esistenza di un patto contrario.

Tale ultima considerazione consente di individuare un'interessante soluzione al problema del mancato perfezionamento del contratto di amministrazione a causa del rifiuto di uno dei litiganti. Infatti, qualora l'istituzione consenta con previsione regolamentare l'applicazione di un regolamento non più vigente, la parte che intenda dare avvio ad un procedimento amministrato potrebbe richiedere, con la domanda di arbitrato, l'applicazione delle norme vigenti al momento della conclusione del patto compromissorio; in tal caso, il convenuto non potrebbe eccepire alcunché, poiché tutte le parti avevano originariamente acconsentito all'adozione del *corpus* di norme a cui la domanda fa riferimento. In altri termini, se è vero che ciascuna parte può opporsi alla conclusione del contratto di amministrazione qualora il regolamento di arbitrato sia stato alterato *medio tempore*, nessuna eccezione può *a contrario* essere sollevata qualora si richieda l'applicazione

¹³⁶ LUISO, *L'art. 832 c.p.c., cit.*, § 3; AZZALI, *Arbitrato amministrato*, in BUONFRATE – GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, 51.

¹³⁷ LUISO, *L'art. 832 c.p.c., cit.*, § 3.

del regolamento vigente al momento della conclusione dell'accordo di arbitrato. Naturalmente, tale possibilità non è radicalmente preclusa qualora il regolamento non consenta un patto contrario ai sensi dell'art. 832 comma 3 c.p.c.; in tale ipotesi, tuttavia, la conclusione del contratto di amministrazione non sarà automatica, ma subordinata all'accettazione dell'istituzione.

In conclusione, qualora una delle parti si opponga alla conclusione del contratto di amministrazione adducendo la modificazione della proposta contrattuale da parte dell'istituzione, l'altro litigante avrà due opzioni: rinunciare al procedimento amministrato ed instaurare un arbitrato *ad hoc*, oppure richiedere l'applicazione del regolamento non più vigente. Tale richiesta, stimolata dal rifiuto di uno dei paciscenti di accettare le modificazioni dell'offerta al pubblico formulata dalla camera arbitrale, avrà il valore di un patto contrario *ex art. 832 comma 3*; salvo il caso del legittimo rifiuto dell'istituzione, dunque, si potrà dare corso all'arbitrato amministrato.

1.3 Legittimità e conseguenze del rifiuto di amministrare

Atteso che il regolamento arbitrale costituisce un'offerta al pubblico, l'istituzione non è libera di rifiutarsi di amministrare l'arbitrato, qualora riceva una domanda di arbitrato facente capo ad un valido patto compromissorio per arbitrato amministrato. Per converso, come già illustrato, un simile rifiuto può legittimamente verificarsi ogniqualvolta le parti abbiano formulato una contro-proposta, modificando il regolamento arbitrale applicabile o escludendone alcune parti; in tale ipotesi, l'ente è libero di acconsentire o opporsi alla conclusione del contratto di amministrazione. Le conseguenze di un simile rifiuto sono disciplinate all'art. 832 comma 6: il patto compromissorio conserverà la propria efficacia e l'arbitrato amministrato si convertirà in arbitrato *ad hoc*, con applicazione delle relative disposizioni codicistiche. La previsione mira, con tutta evidenza, a sottolineare la

distinzione tra patto compromissorio e contratto di amministrazione: qualora il secondo non possa concludersi, il primo manterrà intatta la propria efficacia. La regola trova un'eccezione nel caso in cui la scelta dell'arbitrato amministrato costituisca un elemento essenziale del patto compromissorio: così, l'accordo arbitrale perderà la propria efficacia qualora le parti abbiano espressamente previsto un rapporto di coesistenzialità tra scelta della giustizia privata e conclusione del contratto di amministrazione, tale per cui i due elementi *simul stabunt, simul cadent*¹³⁸. Alla medesima conclusione si potrà pervenire ogniqualvolta, pur in assenza di un'indicazione esplicita, le circostanze concrete della pattuizione dimostrino con un sufficiente grado di evidenza come le parti non abbiano inteso rinunciare alla tutela giurisdizionale innanzi al giudice dello Stato, nel caso in cui risulti impossibile celebrare un arbitrato amministrato da una particolare istituzione¹³⁹; in tal senso, si può considerare l'ipotesi di un patto compromissorio facente riferimento ad un'istituzione arbitrale specializzata in una determinata materia (ad esempio la World Intellectual Property Organization), nel quale si sottolinei come la scelta negoziale sia stata dettata esclusivamente dalle peculiarità di preparazione e specializzazione di quel particolare ente. Tuttavia, escluse simili infrequenti ipotesi, dovrà sempre applicarsi il principio generale di conservazione della volontà compromissoria, coerentemente alla *ratio* della riforma del 2006¹⁴⁰.

L'ultimo comma dell'art. 832 c.p.c. non chiarisce se, nel caso di conversione dell'arbitrato amministrato in arbitrato *ad hoc*, il regolamento a cui le parti avevano fatto riferimento nel patto compromissorio trovi applicazione o meno. Atteso che la disposizione codicistica mira a

¹³⁸ LUISO, *L'art. 832 c.p.c., cit.*, § 6; CAPONI, *Commento all'art. 832 c.p.c., cit.*, 1429.

¹³⁹ BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 2005, 679 ss.

¹⁴⁰ ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 274.

salvaguardare, per quanto possibile, l'applicazione della volontà espressa dalle parti nell'accordo arbitrale, sembrerebbe necessario applicare anche all'arbitrato *ad hoc* scaturente dal rifiuto dell'istituzione il regolamento predisposto dalla stessa; la dottrina, tuttavia, non esprime opinioni concordi circa la praticabilità di detta soluzione. Secondo alcuni Autori¹⁴¹, sarebbe possibile scindere il regolamento arbitrale in due parti tra loro autonome: una parte "istituzionale", che disegna la struttura dell'ente di amministrazione e disciplina i rapporti tra questo ed i litiganti, ed una parte "procedimentale", che detta le regole dell'arbitrato. In base a tale ricostruzione, sembrerebbe possibile conservare integralmente la seconda porzione del regolamento, anche qualora l'applicazione della prima risulti impossibile a causa della mancata conclusione del contratto di amministrazione. Tale soluzione, per quanto auspicabile in linea di principio, non pare rispondere ai caratteri concreti dell'arbitrato amministrato: atteso che l'istituzione interviene ripetutamente nel corso del procedimento, non sembra che le disposizioni procedurali del regolamento possano sopravvivere al rifiuto di amministrare¹⁴². In forza di tale considerazione, parte della dottrina¹⁴³ esclude che il regolamento pensato per un arbitrato amministrato possa essere applicato all'arbitrato *ad hoc*: quest'ultima soluzione risulta preferibile, in

¹⁴¹ CARRATTA, *Commento all'art. 832 c.p.c., cit.*, 1895; in senso parzialmente analogo, secondo VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 41 e CORSINI, *L'arbitrato amministrato secondo regolamenti precostituiti, cit.*, 298 le parti potrebbero astrattamente scindere il regolamento, richiamandolo per quanto riguarda le norme procedurali ma prevedendo per il resto un arbitrato *ad hoc*.

¹⁴² Tale conclusione risulta *a fortiori* necessitata, qualora si postuli (secondo l'opinione che appare preferibile) l'esistenza di un contratto di cooperazione arbitrale: in tal caso, infatti, tutte le disposizioni procedurali si riversano nei rapporti negoziali che stanno alla base dell'arbitrato amministrato, rendendo di fatto inscindibili le due parti del regolamento. In tal senso, con specifico riferimento al regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale, JOHNSTON, *Bridging the Gap Between Western and Chinese Arbitration Systems – A Practical Introduction for Business*, in *J. Int. Arb.*, 2007, 565, 578.

¹⁴³ LUISO, *L'art. 832 c.p.c., cit.*, § 6.

quanto le disposizioni di natura procedimentale non sono autonome, ma vivono in un rapporto osmotico con le norme regolamentari di marca istituzionale. Il regolamento arbitrale, in conclusione, costituisce un *solidum* che non si presta a tentativi di scissione ed applicazione differenziata.

Un'apparente eccezione alla regola ora enunciata è costituita dal caso in cui il regolamento preveda l'intervento dell'istituzione esclusivamente in sede di nomina, rimettendo per il resto l'intero svolgimento del procedimento all'esclusiva opera del tribunale arbitrale. Quella appena descritta, tuttavia, è un'ipotesi di arbitrato *ad hoc* secondo regolamento precostituito¹⁴⁴ o arbitrato regolamentato¹⁴⁵, nel quale un soggetto terzo si limita ad assumere funzioni di *appointing authority*; qualora l'ente in questione si rifiuti di nominare, detta funzione sarà rilevata dal *juge d'appui* ai sensi dell'art. 810 comma 4 c.p.c. e l'arbitrato si svolgerà, per il resto, secondo il *corpus* normativo selezionato dalle parti e pertanto incorporato nel patto compromissorio *ex art. 816 bis* comma 1 c.p.c.

¹⁴⁴ CORSINI, *L'arbitrato amministrato secondo regolamenti precostituiti*, cit., 296 ss.

¹⁴⁵ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, cit., 995, con riferimento per la diversa definizione di arbitrato misto a MONTALENTI, *La Camera arbitrale del Piemonte e le novità in materia di arbitrato*, reperibile in <<http://images.vb.camcom.it/f/Varie/Pr/Prof.Montalenti.pdf>>, n. 16.

Capitolo 2
IL REGOLAMENTO ARBITRALE
IN RAPPORTO AD ALTRI REGOLAMENTI

Con la sottoscrizione di un patto compromissorio per arbitrato amministrato, i paciscenti incorporano nella loro espressione di volontà negoziale le norme regolamentari; atteso che queste ultime costituiscono un *corpus* organico, il rinvio al regolamento dovrebbe avvenire per mezzo del modello di clausola compromissoria predisposto dall'istituzione, senza interventi manipolativi. Si sono già illustrate le conseguenze problematiche dell'inserzione nella clausola compromissoria di disposizioni contrastanti con i contenuti dell'arbitrato amministrato¹⁴⁶; occorre ora considerare l'ipotesi di interferenza tra due diversi regolamenti arbitrali. La circostanza in esame si verifica ogniqualvolta il patto compromissorio faccia riferimento non ad uno, ma a due regolamenti di arbitrato; le conseguenze, variabili in base alle modalità concrete di tale riferimento, sono sovente tali da sconsigliare simili pattuizioni.

In primo luogo, è possibile che l'accordo di arbitrato attribuisca funzioni di amministrazione non ad uno, ma a due distinte istituzioni. Il riferimento ad un'istituzione arbitrale comporta l'adozione *per relationem* del relativo regolamento¹⁴⁷; conseguentemente, l'indicazione di due diverse camere arbitrali conduce ad un conflitto di attribuzioni amministrative sia sul versante soggettivo, sia sul versante oggettivo. Dal punto di vista soggettivo, il patto compromissorio non contiene una chiara espressione di volontà in

¹⁴⁶ V. *infra*, Cap. 1.

¹⁴⁷ Tale meccanismo, espressamente contenuto in alcuni regolamenti di arbitrato (si veda in tal senso, *ex plurimis*, l'art. 1 comma 1 del regolamento di arbitrato tipo delle Camere di commercio), è in generale applicabile a tutte le istituzioni arbitrali, in base al canone generale della buona fede nell'interpretazione del contratto: sul punto v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, 996.

ordine alla scelta dell'ente di amministrazione; conseguentemente, l'eventuale domanda di arbitrato non potrebbe condurre al perfezionamento del contratto di amministrazione e sarebbe dunque inidonea al radicamento del procedimento amministrato. Anche dal punto di vista oggettivo, le parti non chiariscono quale dei due regolamenti debba prevalere: la clausola non potrà che condurre alla celebrazione di un arbitrato *ad hoc*, con applicazione esclusiva delle disposizioni codicistiche. In sintesi, l'indicazione di una pluralità di istituzioni arbitrali, apparentemente utile al fine di conservare alle parti una possibilità di selezione a seguito dell'insorgere della controversia, ha l'effetto di privare l'oggetto dell'accordo arbitrale dei necessari requisiti di determinatezza e di mettere a repentaglio la possibilità stessa di ricorrere alla giustizia privata¹⁴⁸.

¹⁴⁸ In senso analogo si esprime la giurisprudenza scozzese nel caso *Bruce vs. Kordula*, 2001 SLT 983, in cui la clausola compromissoria rimetteva la funzione di nomina degli arbitri ad un organismo inesistente: "the parties to this case have in their Partnership Agreement failed, in my view, to make a provision which, with the invocation of the Act or otherwise, binds them to resolve their disputes by arbitration. I shall accordingly repel the defenders' second plea-in-law and refuse their motion to sist for arbitration. I shall, for the avoidance of doubt, also repel their first plea-in-law which, although not argued, seeks a disposal also based on the proposition that the jurisdiction of this court is excluded by reason of a valid provision for arbitration". La decisione, peraltro, suscita qualche perplessità, in quanto il vizio della clausola compromissoria, per quanto evidente, non pare tale da viziare radicalmente la possibilità di ricorrere alla giustizia arbitrale. In senso difforme appare più condivisibile la posizione presa dalla giurisprudenza di altri Stati, che mantiene in vita la volontà compromissoria: si pensi alla giurisprudenza statunitense (*In re HZI Research Center v. Sun Instrument Japan*, (1995) WL 562181 (S.D.N.Y. 1995); *Warnes SA v. Harvic Int'l Ltd*, 1993 WL 228028 (S.D.N.Y. 1993); *Rosgoscirc v. Circus Show Corp.*, 1993 U.S. Dist. LEXIS 9797 (S.D.N.Y. 1993); *Tennessee Imp., Inc. v. Filippi*, 745 F.Supp. 1314 (M.D. Tenn. 1990); *Astra Footwear Indus. V. Harnyn Int'l, Inc.*, 442 F.Supp. 907 (S.D.N.Y. 1978)), francese (Cour d'appel di Parigi, 7 febbraio 2002, *SA Alfac c/ Société Irmac Importação, comércio e indústria LTDA*, in *Rev. Arb.*, 2002, 413; Cour d'appel di Parigi, 24 marzo 1994, *Deko c/ Dingler*, in *Rev. Arb.*, 1994, 515; Cour d'appel di Parigi, 14 febbraio 1985, *Tovomon c/ Amatex*, in *Rev. Arb.*, 1987, 325; Cour de Cassation, 14 dicembre 1983, *Epoux Convert c/ Droga*, in *Rev. Arb.*, 1984, 483), di Hong Kong (Hong Kong nel caso *Lucky-Goldstar Int'l (HK) Ltd v. Ng Moo Kee Eng'g Ltd*, in *Arb. & Disp. Res. L. J.*, 1994, 49), svizzera (Tribunale federale, 21 novembre 2003, DFT 130 III 66;

In altri casi, il conflitto tra due istituzioni arbitrali si verifica non a causa di un'espressa indicazione in tal senso inserita nel patto compromissorio, ma per un'imprecisione nell'indicazione dell'ente: in un caso, verificatosi in Germania, la clausola arbitrale non consentiva di identificare quale delle due istituzioni aventi sede in Amburgo le parti avessero voluto indicare¹⁴⁹. Nell'ambito dell'arbitrato interno, qualora l'interpretazione del contratto renda del tutto incerta l'identificazione dell'istituzione chiamata a risolvere la controversia, l'unica soluzione sembra essere la celebrazione di un arbitrato *ad hoc*; in ambito internazionale, invece, l'*empasse* potrebbe essere risolta con lo strumento di determinazione dell'istituzione competente, ai sensi dell'art. IV comma 5 della Convenzione di Vienna, qualora tale strumento risulti applicabile¹⁵⁰.

Parzialmente diversa è l'ipotesi in cui le parti identifichino univocamente l'istituzione arbitrale, ma prevedano l'applicazione di un regolamento diverso da quello predisposto dalla stessa. Tale caso è del tutto analogo a quello dell'inserzione nel patto compromissorio di regole coniate dalle parti e difformi da quelle regolamentari: con la domanda di arbitrato non si comunicherà all'istituzione l'avvenuta accettazione dell'offerta al pubblico, ma si formulerà una controproposta ai sensi dell'art. 1326 ultimo comma c.c.¹⁵¹ Tale situazione, per quanto rara, si è verificata nella pratica: il Singapore International Arbitration Centre ha ritenuto di poter amministrare

8 luglio 2003, DFT 129 III 675; 7 febbraio 1991, in *ASA Bull.*, 1991, 9, 269) e tedesca (27 settembre 2005, Oberlandesgericht Hamm, in *XXXI Yearbook Commercial Arbitration*, 685, 693; 15 ottobre 1999, Kaammergericht Berlino, in *XXVI Yearbook Commercial Arbitration*, 328; 5 dicembre 1994, Oberlandesgericht Dresda, in *XXII Yearbook Commercial Arbitration*, 328).

¹⁴⁹ 2 dicembre 1982, Bundesgerichtshof, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, 1267.

¹⁵⁰ LEW - MISTELIS - KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, 171.

¹⁵¹ LUISO, *L'art. 832 c.p.c.*, in <http://www.judicium.it>, § 2.

un arbitrato che prevedeva l'applicazione del regolamento della Camera di Commercio Internazionale¹⁵². Peraltro, tale seconda istituzione si è espressamente pronunciata in senso contrario all'applicazione del proprio regolamento, il quale richiede in più punti l'intervento degli organismi presenti in seno all'ente e non sembra, dunque, poter essere facilmente trapiantato nell'ambito di una diversa architettura amministrativa. Pertanto, sebbene la giurisprudenza di Singapore abbia riconosciuto la validità della clausola, la conseguente incertezza applicativa ha indotto la dottrina a criticare l'adozione di una simile soluzione negoziale¹⁵³. Ancora una volta, dunque, l'alterazione del modello di clausola arbitrale predisposto dall'istituzione non appare generalmente consigliabile; peraltro, un'eccezione solo apparente è costituita dall'applicazione del regolamento di arbitrato UNCITRAL. Nel panorama internazionale, non sono infrequenti i casi di applicazione di tale *corpus* normativo nell'ambito di un arbitrato amministrato¹⁵⁴; il regolamento in questione, peraltro, è stato pensato per l'arbitrato *ad hoc*, si adatta ai più diversi sistemi giuridici¹⁵⁵ e non presuppone particolari ipotesi di intervento

¹⁵² *Insignia Technology Co. Ltd v. Alstom Technology Ltd*, [2008] SGHC 134 (Sing.), confermata [2009] SGCA 24.

¹⁵³ KIRBY, *Insignia Technology Co. Ltd v. Alstom Technology Ltd: SLAC Can Administer Cases under the ICC Rules?!*, in *Arb. Int.*, 2009, 319.

¹⁵⁴ BROWER, *W(h)iter International Commercial Arbitration?*, in *Arb. Int.*, 2008, 181, 194; IDID, *Use of the UNCITRAL Arbitration Rules at Arbitral Institutions by Arbitral Institutions*, in *J. Int. Arb.*, 2007, 37; tale secondo Autore descrive in particolare la prassi del Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, il quale adotta il regolamento UNCITRAL con limitate modifiche. In tema di applicazione del regolamento di arbitrato UNCITRAL presso quella particolare istituzione v. anche ARFAZADEH, *Settlement of International Trade Disputes in South East Asia: The Experience of the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration*, in *Malaysia Law Journal*, 1992, 122. Sull'adozione del regolamento UNCITRAL nel campo dell'arbitrato di investimenti v. HORN, *Current Use of the UNCITRAL Arbitration Rules in the Context of Investment Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2008, 587.

¹⁵⁵ In tal senso sottolineano l'unicità del regolamento di arbitrato UNCITRAL HOLTZMANN – NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Boston, 1994, I.

da parte di organismi di un ente di amministrazione¹⁵⁶. Pertanto, in questi casi, l'istituzione si limita a svolgere funzioni di *appointing authority* o, qualora stipuli un contratto di amministrazione con le parti, si limita a vigilare circa la corretta applicazione delle regole processuali prescelte.

¹⁵⁶ Alla luce di tale circostanza, l'adozione del regolamento da parte di un'istituzione arbitrale non solleva gli stessi problemi di coordinamento presenti nel caso *Insignia*.

Capitolo 3
IL REGOLAMENTO ARBITRALE
IN RAPPORTO ALLE NORME STATALI

L'arbitrato amministrato trova il proprio fondamento nella volontà dei paciscenti, i quali fanno riferimento ad un regolamento preconstituito che prevede l'intervento di un'istituzione con funzioni amministrative¹⁵⁷; il fenomeno, dunque, si basa esclusivamente sull'autonomia privata e non necessita di alcuna legittimazione positiva da parte del legislatore statale. Da questo punto di vista, la scelta del legislatore delegato di sfruttare la delega offerta dalla legge 14 maggio 2005, n. 80¹⁵⁸ e riformare l'art. 832 c.p.c.¹⁵⁹ si iscrive in una logica di semplice incentivazione di un fenomeno preesistente ed indipendente dalla legislazione statale. La citata disposizione codicistica, dunque, a differenza della volontà compromissoria dei privati e del regolamento predisposto dall'ente di amministrazione prescelto, non costituisce una fonte dell'arbitrato amministrato, ma si limita ad intervenire in maniera puntuale; in alcuni casi, tale intervento si traduce in un mero riconoscimento della prassi esistente¹⁶⁰ o nella predisposizione di norme derogabili con una semplice pattuizione di segno difforme¹⁶¹. In particolari ipotesi, la previsione codicistica trova piena applicazione con riferimento all'arbitrato *ad hoc* secondo regolamenti preconstituiti, ma non all'arbitrato

¹⁵⁷ RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., Padova, 2006, 85 definisce il regolamento arbitrale quale "fonte indiretta" di diritto dell'arbitrato.

¹⁵⁸ CAPONI, *Commento all'art. 832 c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007; in senso critico sull'attuazione della delega v. CARRATTA, *Commento all'art. 832 c.p.c.*, in CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, 1892 ss.

¹⁵⁹ Disposizione precedentemente dedicata all'arbitrato internazionale.

¹⁶⁰ Art. 832 commi 1 e 5 c.p.c.

¹⁶¹ Art. 832 comma 3 c.p.c.

amministrato¹⁶²: si pensi all'ipotesi già illustrata dell'introduzione nel patto compromissorio di disposizioni difformi da quelle previste dal regolamento¹⁶³, che legittima l'istituzione a rifiutare la conclusione del contratto di amministrazione, con conseguente conversione del processo amministrato in arbitrato disciplinato dal codice di rito¹⁶⁴. In conclusione, l'intervento legislativo si limita a fornire supporto ad un fenomeno che si sviluppa interamente nel campo dell'autonomia privata, garantendo il rispetto dei principi fondamentali del contraddittorio¹⁶⁵ e della conservazione della volontà compromissoria¹⁶⁶. Per tale motivo, l'analisi delle disposizioni contenute nell'art. 832 c.p.c. sembra doversi coordinare con una disamina del procedimento amministrato dal punto di vista dinamico¹⁶⁷: in tal modo sarà possibile valutare concretamente l'influenza delle disposizioni legislative sul fenomeno del processo privato gestito da una camera arbitrale¹⁶⁸.

Svolta tale premessa, è possibile osservare come l'applicazione di un regolamento di arbitrato amministrato si intersechi talvolta con ipotesi residuali di sopravvivenza delle norme codicistiche. L'istituzione arbitrale svolge funzioni per molti versi analoghe a quelle di un *juge d'appui*: pertanto, la presenza di tale ente inibisce l'operatività di alcuni dei tradizionali meccanismi di supporto all'arbitrato previsti dagli artt. 806 e ss. c.p.c. Così, ad esempio, l'affidamento alla camera arbitrale delle funzioni di nomina degli arbitri in caso di inerzia delle parti impedisce il ricorso al Presidente del

¹⁶² LUISO, *L'art. 832 c.p.c.*, in <<http://www.judicium.it>>, distingue all'interno dell'art. 832 c.p.c. le disposizioni applicabili all'arbitrato amministrato da quelle concernenti i regolamenti precostituiti per arbitrato *ad hoc*.

¹⁶³ V. *supra*, Cap. 1.

¹⁶⁴ Art. 832 comma 6 c.p.c.

¹⁶⁵ Art. 832 comma 4 c.p.c.; sul punto v. *infra*, Parte II Cap. 1.

¹⁶⁶ Art. 832 comma 6 c.p.c.

¹⁶⁷ V. *infra*, Parte II.

¹⁶⁸ Un fondamentale precedente in tal senso è costituito da ANDRIOLI, *Il giudizio arbitrale presso la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Trieste*, in *Dir. e giur.*, 1985, 579 ss.

tribunale ai sensi dell'art. 810 c.p.c.¹⁶⁹; ancora, la presenza di un procedimento di ricusazione istituzionale inibisce l'applicazione dell'art. 815 c.p.c.¹⁷⁰ e la previsione di un meccanismo interno di liquidazione degli onorari rende inespugnabile il procedimento di cui all'art. 814 comma 2 c.p.c.¹⁷¹ In linea di principio, le disposizioni codicistiche sostituite da quelle regolamentari non possono conoscere reviviscenza: l'affidamento delle funzioni in esame all'ente di amministrazione è di per sé sufficiente a privare delle stesse il *juge d'appui*, i cui servizi sono riservati a quei paciscenti che non abbiano voluto o potuto prevedere strumenti alternativi di supporto al procedimento privato. Tuttavia, un'apparente eccezione sembra essere costituita dal citato procedimento per la nomina degli arbitri di cui all'art. 810 c.p.c.: qualora le parti abbiano affidato all'istituzione il compito di nominare gli arbitri e questa rimanga inerte, il ruolo di *appointing authority*, indispensabile a conservare la praticabilità dell'arbitrato, sarà rilevato dal giudice dello Stato di cui all'art. 810 comma 2 c.p.c.¹⁷² Tale ipotesi, però, costituisce diretta applicazione di una norma di legge: la sopravvivenza residuale del procedimento di nomina presidenziale è prevista dallo stesso art. 810 c.p.c. al comma 4, che fa riferimento all'ipotesi in cui il terzo a cui sia demandata la nomina non vi abbia provveduto. Il codice di rito, dunque, predispone una sorta di meccanismo di emergenza, grazie al quale l'arbitrato potrà svolgersi nonostante la mancata nomina da parte dell'ente di amministrazione. Peraltro, un simile comportamento di inerzia configura senza dubbio gli estremi

¹⁶⁹ V. *infra*, Parte II Cap. 1.

¹⁷⁰ V., anche per un'analisi delle opinioni dissenzienti, *infra*, Parte II Cap. 4.

¹⁷¹ V. *infra*, Parte II Cap. 9.

¹⁷² In tal senso CARRATTA, *Commento all'art. 832 c.p.c., cit.*, 1901 ss.: "ove il regolamento imponga alla camera arbitrale entro un termine ben preciso, alla scadenza di tale termine la parte interessata può ricorrere al presidente del tribunale per ottenere la nomina dell'arbitro, alla quale avrebbe dovuto provvedere la camera; (...) ove manchi l'indicazione di un termine, probabilmente il ricorso al presidente del tribunale dovrà essere preceduto dalla messa in mora della camera".

dell'inadempimento contrattuale e dà origine ad un profilo di responsabilità civile a carico dell'istituzione¹⁷³; le parti, conseguentemente, potrebbero domandare la risoluzione del contratto di amministrazione, con conversione del procedimento in arbitrato *ad hoc*.

¹⁷³ V. *infra*, Parte III Cap. 4.

PARTE II
IL PROCESSO AMMINISTRATO

Capitolo 1

LA NOMINA DEGLI ARBITRI

Sommario: 1.1 Nomina degli arbitri tra volontà delle parti e regole istituzionali - 1.2 L'influenza delle caratteristiche degli arbitri sul processo di nomina - 1.3 La nomina da parte dell'istituzione: equidistanza del mandatario dagli interessi in conflitto - 1.4 Conseguenze della violazione dell'art. 832 comma 4 c.p.c. - 1.5 La nomina degli arbitri nell'arbitrato con pluralità di parti - 1.6 Il controllo circa l'esistenza del patto compromissorio da parte dell'istituzione: profili dinamici

1.1 Nomina degli arbitri tra volontà delle parti e regole istituzionali

La nomina degli arbitri è uno degli aspetti dell'arbitrato amministrato nei quali maggiormente si avverte il ruolo dell'istituzione arbitrale: l'esistenza di un terzo precostituito con funzioni di nomina costituisce un importante tratto differenziale rispetto all'arbitrato *ad hoc* e conferisce al fenomeno arbitrale caratteri di particolare autonomia ed autosufficienza rispetto all'influenza dell'autorità giudiziaria statale¹⁷⁴. Nondimeno, l'esistenza di un terzo precostituito al quale possa essere demandata la nomina dei soggetti giudicanti non cancella il fondamento consensuale dell'arbitrato: anche qualora le parti optino per un arbitrato amministrato, la base del processo privato e del meccanismo di nomina dei soggetti giudicanti rimane la volontà delle parti¹⁷⁵. Il ruolo predominante¹⁷⁶ dell'autonomia privata e della volontà

¹⁷⁴ VARADY, *On Appointing Authorities in International Commercial Arbitration*, in Emory J. *Int'l Dispute Res.*, 1988, 2, 311 ss., 328.

¹⁷⁵ In tal senso, appare particolarmente significativa la previsione in materia di arbitrato amministrato contenuta nella legge delega sulla cui base è stato emanato il d. lgs. 2 febbraio 2006, n.

delle parti si manifesta in due diversi aspetti del processo di nomina: qualora siano le parti a nominare gli arbitri, l'individuazione dei soggetti decidenti riposa su una diretta espressione di volontà delle parti¹⁷⁷. Qualora, invece, sia l'istituzione a nominare gli arbitri, tale nomina fa comunque capo alla volontà delle parti, le quali hanno conferito all'ente che amministra l'arbitrato tale potere¹⁷⁸. Tale seconda scelta sembra essere particolarmente appropriata sia per quanto riguarda la celerità del processo di nomina, sia per l'individuazione obiettiva di soggetti dotati di adeguate caratteristiche di indipendenza ed autorevolezza¹⁷⁹.

Tanto premesso, si può notare come la presenza di un'istituzione arbitrale sia suscettibile, in una certa misura, di limitare la libertà delle parti in sede di nomina degli arbitri. In alcuni casi, i regolamenti di arbitrato fanno riferimento a liste di arbitri o a particolari requisiti di cui il soggetto da

40 (l. 14 maggio 2005 n. 80): in base all'art. 1 comma 3 di tale legge, il legislatore delegato aveva addirittura la possibilità (non utilizzata dal d. lgs. 40/2006) di prevedere la vincolatività, in ogni caso, della nomina di arbitri espressa dalle parti. L'adozione di una simile regola avrebbe condotto ad un contrasto con i regolamenti arbitrali che prevedono forme di controllo dell'istituzione sulla nomina proveniente dalle parti (ad esempio, il regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale): v. *infra*.

¹⁷⁶ Si esprimono in termini di “primato dell'accordo delle parti” FOUCHARD – GAILLARD - GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Parigi, 1996, 469 ss.

¹⁷⁷ In questo caso, le parti non si avvalgono del servizio di *appointing authority* offerto dall'istituzione arbitrale, ma attribuiscono alla stessa esclusivamente il compito di amministrare il processo arbitrale.

¹⁷⁸ Il modello, come illustrato, è quello del mandato con rappresentanza: v. *supra*, Parte I Sez. 1 Cap. 1.

¹⁷⁹ LEW - MISTELIS - KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, 239: “(i)n the light of the problems involved in reaching an agreement by the parties the appointment of the chairman or a sole arbitrator is often from the outset submitted to an appointing authority. This may not only be faster but the appointing authority may also have a better overview about the potential arbitrators than the parties”. Sulla valutazione compiuta dalla Camera di commercio di Stoccolma in sede di nomina degli arbitri, in un'ottica di garanzia dell'imparzialità del tribunale nel suo complesso, v. MÜLLER, *How Do International Institutions Select Arbitrators?*, in *J. Int. Arb.*, 2000, 157.

nominare deve essere fornito¹⁸⁰: l'adozione di simili regolamenti, dunque, comprime la libertà di scelta, anche nel caso in cui la nomina sia rimessa direttamente alle parti¹⁸¹. In ogni caso, qualora il regolamento d'arbitrato non preveda simili limitazioni, sono generalmente presenti sistemi di controllo della nomina *a posteriori*: le istituzioni arbitrali si riservano il diritto di confermare la nomina formulata dalle parti, previa sottoscrizione da parte del soggetto nominato di una dichiarazione di indipendenza¹⁸². Conseguentemente, pur riservando alla volontà delle parti un ruolo centrale, l'arbitrato amministrato presenta, per quanto riguarda la nomina dell'organo decidente, profili di controllo e limitazione dell'autonomia privata, assenti nell'arbitrato *ad hoc*.

La circostanza che l'arbitrato sia sorretto da uno “scheletro istituzionale”, ovvero da un *corpus* di norme e da una struttura organizzativa permanente e preesistente al sorgere della controversia, consente di attribuire all'istituzione che amministra l'arbitrato anche funzioni sussidiarie. In tale ottica, l'istituzione interviene non perché ciò è stato *ab origine* previsto nel patto compromissorio, ma perché le parti non hanno previsto alcun meccanismo di nomina oppure sono rimaste inerti, ovvero non hanno esercitato il proprio potere di nominare gli arbitri. Nell'arbitrato *ad hoc*, tale

¹⁸⁰ Convenzione ICSID per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati, artt. 12-16 e 40; Regolamento d'arbitrato CIETAC, art. 21; Regolamento d'arbitrato GAFTA no. 125. L'art. 6 del regolamento NAI prevede un sistema opzionale di nomina tramite liste, nel quale l'istituzione compila una lista di possibili arbitri che sottopone alle parti; le parti hanno la possibilità di esprimere una preferenza, ma la scelta finale è effettuata dall'istituzione. Sulle limitazioni alla libertà di selezione degli arbitri nell'ordinamento cinese v. GU, *The China-Style Closed Panel System in Arbitral Tribunal Formation – Analysis of Chinese Adaptation to Globalization*, in *J. Int. Arb.*, 2008, 121.

¹⁸¹ BÜHLER – WEBSTER, *Handbook of ICC Arbitration – Commentary, Precedents, Materials*, Londra, 2005, 139.

¹⁸² Sul punto v. *infra*, Cap. 2.

funzione suppletiva è svolta dall'autorità giudiziaria statale¹⁸³: nel sistema italiano, l'art. 810 c.p.c. affida il compito al Presidente del Tribunale. Nell'ambito dell'arbitrato amministrato, invece, l'attività di supporto all'arbitrato è svolta dall'istituzione arbitrale. Anche qualora le parti abbiano fatto riferimento ad un regolamento di arbitrato amministrato, la competenza del Presidente del Tribunale non si estingue del tutto: essa diviene una competenza residuale "di secondo livello", ossia assume rilievo qualora il soggetto indicato dalle parti come *appointing authority* rifiuti di nominare gli arbitri. Occorre infatti considerare che le parti sono libere di scegliere l'ente designatore: tale funzione può essere attribuita ad ogni tipo di soggetto e persona, tanto fisica quanto giuridica. Nel caso di impossibilità a nominare o di rifiuto (si pensi all'indicazione di un ente che offra servizi di amministrazione dell'arbitrato ma richieda, nel proprio regolamento, che siano le parti a nominare gli arbitri¹⁸⁴), la funzione di supporto sarà svolta dall'autorità giudiziaria statale competente. Ciò, tuttavia, si traduce in un inevitabile ritardo nello svolgimento del processo arbitrale¹⁸⁵; per tale ragione,

¹⁸³ Le esperienze straniere presentano tutte tratti di forte similitudine: v. art. 1451(3) NCPC per l'arbitrato domestico e art. 1493(2) NCPC per l'arbitrato internazionale in Francia; Art. 179 PIL in Svizzera; Sez. 5 FAA negli Stati Uniti; Artt. 11(3)-11(4) legge modello UNCITRAL.

¹⁸⁴ L'ipotesi, peraltro, sembra avere rilievo prevalentemente astratto per quanto riguarda gli enti di amministrazione della giustizia privata, in quanto le principali istituzioni arbitrali (ICC, LCIA, le Camere di commercio nell'esperienza italiana) acconsentono ad assumere il ruolo di *appointing authorities* tanto per arbitrati amministrati quanto per arbitrati *ad hoc*. Potrebbe invece effettivamente verificarsi un rifiuto o una radicale impossibilità di procedere alla nomina qualora le parti indichino quale *appointing authority* un soggetto normalmente estraneo all'attività di amministrazione di arbitrati (si pensi alla premorienza della persona fisica).

¹⁸⁵ Le rilevazioni statistiche compiute in campo internazionale confermano come la costituzione del collegio arbitrale risulti una delle principali cause di lentezza del processo arbitrale: v. *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, 32, disponibile su <<http://www.arbitrationonline.org>>. Allo specifico fine di garantire una tutela cautelare di matrice arbitrale già prima della costituzione dell'organo giudicante, alcune istituzioni arbitrali (tra cui spicca la

è necessario che le parti si assicurino dell'effettiva disponibilità del soggetto ad effettuare la nomina, al momento della redazione del patto compromissorio¹⁸⁶.

I due casi di intervento suppletivo dell'istituzione arbitrale (inerzia e mancata previsione) non sono necessariamente assoggettati al medesimo regime. L'inerzia delle parti, infatti, comporta necessariamente l'intervento dell'istituzione arbitrale, la quale effettuerà la nomina mancante. Nel caso di mancata previsione, invece, non è detto che la nomina sia riservata all'istituzione: si applica, in questo caso, la regola generale presente nel regolamento d'arbitrato, che ben potrebbe conferire alle parti il potere di individuazione del soggetto giudicante¹⁸⁷.

Tra i molti meccanismi di nomina previsti nei regolamenti arbitrali, merita attenzione particolare quello della Camera di Commercio Internazionale. Fin dalla prima versione del regolamento, risalente al 1922, qualora l'istituzione sia chiamata a nominare un arbitro, la nomina avviene su proposta di un comitato nazionale o di un altro gruppo ritenuto appropriato. La presenza di comitati nazionali in seno alla Camera di Commercio

Camera di Commercio Internazionale, a seguito della revisione del regolamento risalente al gennaio 2012) predispongono un apposito meccanismo d'urgenza: sul punto v. *infra*, Cap. 6.

¹⁸⁶ Sull'importanza della scelta dell'*appointing authority* v. NATHAN, *Well, why did you not get the right arbitrator?*, in *Mealey's Int'l Arb Rep*, 2000, 15(7), 24.

¹⁸⁷ È questo il caso del regolamento d'arbitrato SCC: in base agli artt. 12 e 13, qualora le parti non abbiano incluso nel patto compromissorio alcuna previsione in tema di numero degli arbitri e modalità di nomina degli stessi, la controversia è deferita ad un collegio arbitrale di tre membri (art. 12), due dei quali nominati dalle parti. Ovviamente, qualora le parti rimangano inerti, subentra con funzioni suppletive l'istituzione arbitrale. Analogamente, il regolamento d'arbitrato ICSID prevede all'art. 37(2)(b) che, ove le parti non abbiano stipulato alcuna pattuizione relativa al numero di arbitri ed alla relativa modalità di nomina, il tribunale arbitrale è composto da tre membri: due arbitri di parte ed un presidente nominato di comune accordo dalle parti. Anche in questo caso, l'eventuale inerzia è superata con l'intervento suppletivo dell'istituzione (art. 38).

Internazionale ha, tra l'altro, lo scopo di garantire che tutti i membri costituenti l'organismo partecipino alla nomina di arbitri¹⁸⁸. La Corte non è dotata, a differenza di altre istituzioni arbitrali¹⁸⁹, di un elenco di arbitri dal quale attingere per effettuare la nomina; essa procede, anzitutto, alla selezione del comitato che formulerà la proposta. Tale selezione tiene conto del disposto dell'art. 13(5) del regolamento d'arbitrato, ai sensi del quale l'arbitro unico o il presidente del collegio arbitrale devono essere di nazionalità diversa da quella delle parti¹⁹⁰. La scelta del comitato non viene comunicata alle parti, che non hanno conseguentemente alcuna possibilità di formulare richieste o commenti; tale meccanismo mira, con tutta evidenza, a garantire al massimo grado l'autonomia del comitato prescelto¹⁹¹.

Il comitato deve, a questo punto, formulare una proposta, che la Corte è libera di accettare o meno. In tema di formulazione delle proposte, non è possibile ravvisare una prassi uniforme: alcuni comitati presentano una rosa di nomi e tendono a contattare la Corte preliminarmente, al fine di assicurarsi che la proposta incontri un adeguato gradimento. Altri comitati, al contrario, propongono un solo nome e non prendono alcun contatto preliminare con la

¹⁸⁸ DERAÏNS – SCHWARTZ, *A guide to the ICC Rules of Arbitration*, L'Aia, 2005, 2ª ed., 168; REINER, *Le règlement d'arbitrage de la CCI, version 1998*, in *Rev. Arb.*, 1998, 33 ss. La lista completa dei comitati nazionali è disponibile su <<http://www.iccwbo.org/id100/index.html>>.

¹⁸⁹ ICSID, CIETAC, GAFTA: v. *supra*.

¹⁹⁰ Occorre tuttavia tenere presente che lo stesso art. 13(5) del regolamento d'arbitrato ICC riconosce la possibilità di nominare un arbitro della stessa nazionalità di una delle parti, qualora nessuna di esse si opponga. Tale opzione potrebbe essere utile qualora le parti abbiano nominato arbitri della stessa nazionalità (ciò che dimostra di per sé l'irrilevanza della caratterizzazione nazionale del collegio), al fine di costituire un organo giudicante accomunato da una simile formazione culturale.

¹⁹¹ Il mancato coinvolgimento delle parti non può peraltro, essere interpretato come una violazione del principio del contraddittorio: la decisione sulla nomina, infatti, spetta in ogni caso alla Corte, ed è dunque ragionevole che le parti abbiano contatti esclusivamente con quest'ultima.

Corte¹⁹². In ogni caso, i comitati sono liberi di organizzare la procedura interna di selezione secondo propri canoni¹⁹³; la Corte, da parte sua, è libera di coinvolgere i singoli comitati in misura maggiore o minore, in base al grado di affidabilità delle proposte formulate.

In caso di rifiuto o di mancata formulazione della proposta, la Corte è libera di reiterare la richiesta al medesimo comitato, stimolare la proposta di un diverso comitato o procedere essa stessa direttamente alla nomina¹⁹⁴.

Quale che sia il meccanismo previsto dall'istituzione arbitrale per procedere alla nomina degli arbitri, la scelta dell'istituzione è vincolante per tutte le parti, le quali, dopo aver optato per l'applicazione del regolamento d'arbitrato, non possono opporre un rifiuto¹⁹⁵. Tale meccanismo trova la sua

¹⁹² Per un'analisi di tali pratiche v. BÜHLER – WEBSTER, *Handbook of ICC Arbitration – Commentary, Precedents, Materials*, cit., 145.

¹⁹³ Alcuni comitati hanno personale specificamente deputato all'identificazione di potenziali arbitri. Altri, tra cui Francia, Regno Unito e Stati Uniti, hanno istituito organismi indipendenti interni al comitato, composti da rappresentanti delle professioni legali, che collaborano al processo di nomina. In molti casi i comitati attingono ad un elenco informale di nominativi; non mancano, peraltro, casi in cui il comitato fa riferimento ad una locale istituzione arbitrale, ad es. il *Centre Belge d'Arbitrage et de Médiation*, o ad un consulente specificamente nominato, come nel caso del Regno Unito. V. DERAIS – SCHWARTZ, *A guide to the ICC Rules of Arbitration*, cit., 168 ss. Per una descrizione del processo di nomina all'interno del comitato britannico v. SARRE, *ICC United Kingdom and Its Role in Arbitration*, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 58.

¹⁹⁴ Regolamento d'arbitrato ICC, art. 13(3). La Corte procede altresì direttamente alla nomina nei casi indicati dall'art. 13(4), ovvero quando una delle parti è uno Stato o sostiene di essere un'entità statale, quando la Corte ravvisa l'opportunità di nominare un arbitro proveniente da uno Stato privo di comitato nazionale o in ogni altro caso nel quale il Presidente ritenga necessaria ed appropriata una nomina diretta.

¹⁹⁵ In senso parzialmente difforme CLAY, *L'arbitre*, Parigi, 2001, 788: “la tâche du centre d'arbitrage n'est jamais que de proposer et non de désigner l'arbitre. Les litigants sont libres d'agréer ou de refuser cette proposition. N'oublions pas que ce qui fonde le pouvoir juridictionnel de l'arbitre est l'investiture *directement* reçue de ceux dont il va trancher le différend”. Tale argomentazione,

giustificazione sostanziale nel rapporto di mandato che lega le parti all'istituzione arbitrale¹⁹⁶: qualora le parti attribuiscono all'ente di amministrazione funzioni di *appointing authority*, esse conferiscono un mandato congiunto finalizzato alla nomina di arbitri¹⁹⁷. Le parti, dunque, non possono esprimere un'opinione dissenziente al momento della nomina: esse si sono spogliate, in tutto o in parte, del diritto a nominare direttamente i soggetti giudicanti. Dal punto di vista del diritto sostanziale, dunque, la nomina formulata dall'istituzione arbitrale deve essere considerata quale una proposta contrattuale che le parti, a mezzo di un mandatario comune, congiuntamente formulano nei confronti dell'arbitro o degli arbitri. Naturalmente, qualora la scelta dell'istituzione sia ricaduta su un soggetto privo dei necessari requisiti di indipendenza ed imparzialità, le parti conservano uno strumento di critica: ove il contratto di arbitrato si perfezioni, a seguito dell'accettazione dell'arbitro e della conferma della nomina da parte dell'istituzione¹⁹⁸, si apre la via della ricusazione¹⁹⁹.

1.2 L'influenza delle caratteristiche degli arbitri sul processo di nomina

tuttavia, non sembra poter essere condivisa: ciò che fonda la funzione giurisdizionale dell'arbitro, infatti, è esclusivamente l'espressione di volontà delle parti contenuta nel patto compromissorio, che certamente può non contenere alcuna indicazione in punto di nomina. La modalità di individuazione del soggetto giudicante è rimessa alla libera disposizione delle parti, le quali possono nominare direttamente gli arbitri ma anche affidare tale compito ad un mandatario, la cui determinazione sarà vincolante: una volta nominato, l'arbitro sarà in ogni caso validamente dotato del potere di *jus dicere*, discendente dal patto compromissorio.

¹⁹⁶ V. *supra*, Parte I Sez. I Cap. 1.

¹⁹⁷ Dell'arbitro unico o di uno o più membri del collegio arbitrale, in base al contenuto dell'accordo compromissorio.

¹⁹⁸ Ove essa sia prevista dal regolamento d'arbitrato: sul punto v. *infra*, Cap. 2.

¹⁹⁹ Peraltro i procedimenti di ricusazione, sia amministrata che giudiziale, non assicurano una piena tutela del principio del contraddittorio: essa sarà garantita solo *a posteriori*, con il controllo dell'autorità giudiziaria sul lodo in sede di impugnazione per nullità (v. *infra*, Cap. 4).

Alcuni regolamenti di arbitrato stabiliscono determinati requisiti di cui il soggetto che sia nominato arbitro deve essere in possesso; la natura e la portata di tali requisiti, peraltro, varia significativamente in base al tipo di istituzione arbitrale. In molte esperienze di arbitrato internazionale²⁰⁰, come già accennato a proposito del sistema dei comitati nazionali ICC, si prevede che l'arbitro unico e il presidente del collegio arbitrale debbano essere di nazionalità diversa da quelle delle parti coinvolte nella controversia, all'evidente scopo di garantire l'imparzialità dell'organo giudicante. Nel regolamento ICSID è presente, oltre alla regola in materia di nazionalità²⁰¹, una specificazione più puntuale di requisiti di cui gli arbitri nominati devono essere titolari: si fa riferimento, in particolare, all'alta moralità ed alla riconosciuta competenza nei campi del diritto, del commercio, dell'industria o della finanza, oltre all'indipendenza di giudizio²⁰².

Nell'arbitrato amministrato domestico, la specificazione di requisiti dell'arbitro nell'ambito del regolamento è meno frequente: tale differenza deve essere ricondotta alla maggiore omogeneità culturale e giuridica dei litiganti, che rende possibile il conferimento alle parti ed ai competenti organi dell'istituzione di un più ampio ambito di autonomia nell'individuazione del soggetto decidente. Tuttavia, anche nel campo dell'arbitrato domestico è possibile per l'ente arbitrale specificare dei requisiti aggiuntivi, ulteriori rispetto al disposto dell'art. 812 c.p.c. In tal caso, la mancanza di tali requisiti importa due conseguenze: qualora il regolamento arbitrale preveda un

²⁰⁰ Regolamento d'arbitrato ICC, art. 13(5); Regolamento d'arbitrato LCIA, art. 6; Regolamento d'arbitrato SCC, art. 13(5); Regolamento d'arbitrato WIPO, art. 20(b); Regolamento d'arbitrato NAI, art. 16 (la regola, tuttavia, si applica dietro espressa richiesta delle parti); Regolamento di arbitrato tipo delle Camere di Commercio, art. 12(5); Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, art. 14(5).

²⁰¹ Regolamento d'arbitrato ICSID, art. 39.

²⁰² Regolamento d'arbitrato ICSID, artt. 14 e 40(2).

meccanismo di conferma della nomina da parte dell'istituzione²⁰³, la stessa potrà rifiutare l'arbitro nominato dalle parti. In secondo luogo, il *deficit* soggettivo degli arbitri potrebbe tradursi in un vizio di nullità del lodo; tuttavia, atteso che l'art. 829 comma 1 n. 3 fa esclusivo riferimento all'art. 812 c.p.c. e dunque al requisito della capacità legale di agire, tale nullità potrebbe rilevare solamente *ex art.* 829 comma 1 n. 7. Conseguentemente, la nullità del lodo potrebbe verificarsi solo ove il regolamento (incorporato nel patto compromissorio *per relationem*) contenga un'espressa comminatoria di nullità procedimentale.

Le considerazioni sopra svolte dimostrano come le prescrizioni del regolamento di arbitrato amministrato siano suscettibili di indirizzare, in una certa misura, la nomina degli arbitri, anche ove questa sia riservata alle parti. Adottando il punto di vista opposto, è possibile ravvisare, in alcune esperienze di arbitrato amministrato, un ruolo di indirizzo delle parti rispetto alla nomina effettuata dall'istituzione arbitrale. Ciò è espressamente previsto nel regolamento ICC del *Référé pré-arbitral*²⁰⁴: in tale procedimento, anche qualora le parti non individuino il soggetto giudicante e rimettano la relativa scelta all'ente, è possibile indicare particolari requisiti tecnici, professionali o culturali dell'arbitro²⁰⁵. Peraltro, anche ove una simile previsione sia assente, la nomina effettuata dall'istituzione tiene conto delle circostanze e della natura della controversia sorta tra le parti: conseguentemente, pure nell'ipotesi in cui non sia consentita la formulazione esplicita di un elenco di requisiti, l'*appointing authority* considererà la posizione e le necessità dei soggetti coinvolti, senza peraltro che da ciò derivino vincoli specifici²⁰⁶.

²⁰³ V. *infra*, Cap. 2.

²⁰⁴ V. in dettaglio *infra*, Cap. 6.

²⁰⁵ Regolamento ICC del *Référé pré-arbitral*, art. 3.2.2(e).

²⁰⁶ DERAÏNS – SCHWARTZ, *A guide to the ICC Rules of Arbitration*, cit., 155.

1.3 La nomina da parte dell'istituzione: *equidistanza del mandatario dagli interessi in conflitto*

Come illustrato, qualora il compito di nominare il tribunale arbitrale sia rimesso all'ente di amministrazione, questo agisce quale mandatario delle parti; nell'ambito di tale rapporto di mandato, i litiganti costituiscono una parte contrattuale unica ed affidano congiuntamente al terzo il compito di individuazione del soggetto giudicante. Tuttavia, occorre considerare che la controparte contrattuale dell'*appointing authority* è una parte complessa, costituita da due o più soggetti che, per quanto accomunati dalla medesima volontà di deferire la controversia in arbitri, mirano ad ottenere, all'esito del procedimento, risultati diversi. Per tale motivo, è fondamentale che le parti affidino le funzioni di nomina ad un ente dotato di sufficienti requisiti di imparzialità, indipendenza e neutralità rispetto agli interessi in conflitto²⁰⁷.

Il d. lgs. n. 40/2006 è intervenuto sul tema dell'imparzialità dell'*appointing authority* inserendo, al comma 4 dell'art. 832 c.p.c., una disposizione che vieta alle istituzioni di carattere associativo, nonché a quelle costituite per la rappresentanza di interessi di categorie professionali, di nominare arbitri nelle controversie che contrappongano i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi. L'introduzione della disposizione è stata accolta in dottrina da reazioni di segno contrapposto: da una parte ne è stata criticata la rigidità²⁰⁸; dall'altra parte, ne è stata lodata la *ratio* garantistica²⁰⁹.

²⁰⁷ ZIADÉ, *Reflections on the Role of Institutional Arbitration Between the Present and the Future*, in *Arb. Int.*, 2009, 427 ss. I sondaggi effettuati nel campo dell'arbitrato internazionale dimostrano come la neutralità sia il primo e più importante degli indici che governano la scelta dell'istituzione arbitrale: *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, cit., 22.

²⁰⁸ CUSA, *La società di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 793; CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, in *Riv. Arb.*, 2007, 295, 392 ss., secondo cui l'imposizione di

Come giustamente notato²¹⁰, il bene tutelato dalla norma non è la neutralità degli arbitri, ma l'equidistanza del tribunale arbitrale rispetto alle parti ed agli interessi di categoria di cui esse sono portatrici²¹¹: nel caso in cui tutti i litiganti appartengano alla categoria *de qua*, infatti, la regola non trova applicazione. Il legislatore, quindi, ammette che il tribunale arbitrale non sia neutrale, a patto che tale assenza di neutralità sia condivisa anche dalle parti, le quali devono essere tutte accomunate dalla medesima estrazione associativa o professionale; in caso di disomogeneità delle parti, al contrario, la norma impedisce la nomina da parte dell'associazione di categoria, pena la nullità del lodo *ex art. 829 comma 1 n. 2 c.p.c.* Tanto premesso, non appare pienamente condivisibile il rilievo secondo cui la norma sarebbe eccessivamente invasiva, in quanto la possibilità di ricusare l'arbitro parziale, che le parti in ogni caso conservano, costituirebbe uno strumento di tutela sufficiente²¹²: la regola in commento, infatti, mira a scongiurare la formazione di un tribunale arbitrale che, essendo caratterizzato da un'impostazione culturale propria di un determinato gruppo sociale, potrebbe non garantire un processo imparziale, pur in assenza di qualsivoglia indice di ricusabilità. Oltre a ciò, occorre considerare che la regola in commento tutela la terzietà del mandatario e

una presunzione assoluta di parzialità in capo all'istituzione configgerebbe con la professione di fiducia che le parti hanno espresso facendo riferimento a tale istituzione nel patto compromissorio.

²⁰⁹ LUISO, *L'art. 832 c.p.c.*, in <<http://www.judicium.it>>, § 4; in una posizione in qualche modo intermedia si pone CARRATTA, in CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2006, 1915, secondo cui il precetto sarebbe stato già desumibile dalla normativa in tema di imparzialità dell'arbitro.

²¹⁰ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, 1003.

²¹¹ Circa l'importanza dell'equidistanza del tribunale arbitrale nel suo complesso v. anche MÜLLER, *How Do International Institutions Select Arbitrators?*, *cit.*, 160: "The SCC Institute strives constantly to obtain a balance in the arbitral tribunal. If the parties have confidence in the arbitral tribunal they are more likely to cooperate in the proceedings".

²¹² CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, *cit.*, 303; peraltro, sull'effettiva idoneità degli strumenti di ricusazione a garantire l'imparzialità dell'arbitro v. *infra*, Cap. 4.

dunque, per riflesso, del tribunale arbitrale nel suo complesso²¹³; la ricusazione, invece, garantisce esclusivamente la terzietà della singola persona chiamata a svolgere funzioni di arbitro²¹⁴. A motivo di tale diversità, la nullità del lodo può essere fatta valere anche dal soggetto che non abbia proposto istanza di ricusazione nell'ambito del processo arbitrale; sarà sufficiente, in proposito, la deduzione del motivo di nullità all'interno del giudizio, come espressamente richiesto dalla norma.

La regola in commento si applica, con tutta evidenza, ogniqualvolta la controversia veda contrapposto ad un soggetto appartenente ad una determinata associazione o categoria un altro soggetto ad essa estraneo: è emblematica, in tal senso, la giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee, la quale esclude l'imparzialità di un organo decidente composto esclusivamente o prevalentemente di avvocati, in una controversia relativa all'iscrizione all'ordine professionale²¹⁵. Tuttavia, una volta esclusi i casi in cui l'*appointing authority* sia palesemente priva dei necessari requisiti di equidistanza rispetto ai contendenti (si pensi, oltre al caso degli ordini

²¹³ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, cit., 1003 esclude per tale motivo dall'ambito di applicazione della norma il caso in cui l'ente parziale sia chiamato a nominare solo alcuni degli arbitri, senza che ciò produca il risultato di un tribunale arbitrale nel suo complesso sbilanciato. Tale interpretazione teleologica, tuttavia, sembra essere difficilmente compatibile con la lettera della disposizione, che vieta la nomina di arbitri *tout court*; onde evitare possibili profili di nullità del lodo, la parte che intenda coinvolgere un'associazione di categoria nella nomina del proprio arbitro dovrebbe formulare personalmente tale nomina, previa consultazione con l'ente in questione.

²¹⁴ Proprio al fine di allargare la portata della tutela offerta dalla ricusazione ed in particolare di assicurare la formazione di un tribunale arbitrale complessivamente imparziale, alcuni regolamenti di arbitrato amministrato prevedono la possibilità di proporre istanza di ricusazione incidentale (v. *infra*, Cap. 4): v. in tal senso LUISO, *Il nuovo regolamento-tipo per l'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio*, in *Riv. Arb.*, 2007, 22 ss.

²¹⁵ 19 settembre 2006, C-506/04, *Wilson c/ Ordre des avocats du Luxembourg*, in *Dir. e giust.*, 2006, 38, 94, citata da LUISO, *L'art. 832 c.p.c.*, § 4.

professionali, agli enti di rappresentanza di una determinata categoria industriale), rimangono da chiarire molte ipotesi di non immediata soluzione. In dottrina è stata posta la delicata questione concernente le controversie che contrappongano un associato ad un soggetto non associato, ma appartenente alla medesima categoria professionale²¹⁶; in tal caso, la soluzione deve essere rintracciata avendo riguardo alle peculiarità del caso concreto e degli interessi in gioco. In particolare, ove l'ente sia portatore di interessi indistintamente condivisi dall'intera categoria professionale, esso potrà validamente svolgere funzioni di *appointing authority*; viceversa, qualora l'ente risulti più vicino agli interessi del proprio associato, opererà il divieto di cui al comma 4 dell'art. 832 c.p.c. Tale ultima soluzione sembra doversi applicare nella grande maggioranza dei casi, essendo difficilmente ipotizzabile che la circostanza dell'appartenenza all'associazione risulti irrilevante e non comprometta l'equidistanza dell'ente.

Come giustamente notato in dottrina²¹⁷, il riferimento alle “categorie professionali” contenuto nella norma non è limitato alle professioni liberali, ma a tutte le attività professionali: la norma, dunque, opera con riferimento a tutte le camere arbitrali costituite da un particolare settore dell'industria. In tali ipotesi, l'art. 832 comma 4 c.p.c. trova sicuramente applicazione; si tratta, infatti, di casi nei quali l'organo arbitrale nasce per amministrare l'attività giurisdizionale relativa a controversie coinvolgenti professionisti del medesimo settore, accomunati dagli stessi interessi di carattere generale. L'ente, quindi, è per sua natura privo dei requisiti di terzietà necessari a nominare un arbitro in controversie coinvolgenti terzi estranei alla categoria professionale: è ragionevole, in tale ottica, che il compito di nomina di arbitri sia riservato *ex lege* a enti dotati di caratteristiche diverse. Considerazioni

²¹⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, cit., 1003.

²¹⁷ RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, Padova, 2010, 580

simili sono spendibili anche per quanto riguarda l'arbitrato sportivo e gli altri procedimenti arbitrali previsti in seno a gruppi sociali organizzati: l'assenza di equidistanza dell'*appointing authority* è fisiologica e consentita, nella misura in cui il contenzioso riguarda esclusivamente soggetti appartenenti alla medesima categoria²¹⁸.

L'arbitrato in materia di lavoro presenta problemi particolarmente interessanti: in tal caso, il fenomeno della giustizia privata nasce (in particolare nel mondo anglosassone) quale espressione della comunità sindacale, che trattiene la controversia nel proprio ambito d'influenza anziché demandarne la risoluzione ad un organo dello Stato²¹⁹. In tale ambito, dunque, l'*appointing authority* è solitamente priva dei requisiti di terzietà previsti dall'art. 832 comma 4 c.p.c. L'attuale sistema dell'arbitrato del lavoro, così come delineato da ultimo dalla l. n. 183/2010, prevede diversi tipi di fenomeni di giustizia privata; non sembra che agli stessi possa essere applicata direttamente la disciplina dell'art. 832 comma 4 c.p.c., atteso il carattere di specialità delle norme che prevedono la possibilità di celebrare un arbitrato in quella particolare materia. In ogni caso, è interessante analizzare la disciplina dell'arbitrato individuale di lavoro, disciplinato dall'art. 412 *quater* c.p.c. Con tale disposizione, il legislatore ha inteso riconoscere la possibilità di un arbitrato del lavoro facente leva esclusivamente sulla volontà delle parti individuali e dunque non discendente da un precedente accordo raggiunto in sede di contrattazione collettiva: l'assenza di un'infrastruttura istituzionale in seno alla quale collocare il procedimento si traduce nella necessità di costituzione *ab ovo* di un tribunale arbitrale. In tale ipotesi le funzioni di

²¹⁸ In tal senso si esprime E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato, cit.*, 1003.

²¹⁹ CECCHELLA, *L'arbitrato in materia di lavoro dopo la legge n. 183 del 2010*, in CECCHELLA – ORTOLANI, *Guida al nuovo processo civile – dalle manovre estive alla legge di stabilità*, Milano, 2011, 47.

nomina del presidente del collegio arbitrale sono riservate, in caso di inerzia, al Presidente del Tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato o, qualora le parti non abbiano ancora determinato tale sede, del luogo in cui è sorto il rapporto di lavoro o ove si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto. Il legislatore, dunque, detta una disciplina tesa a garantire la terzietà del collegio arbitrale nel suo complesso; pur non essendo l'art. 832 comma 4 c.p.c. direttamente applicabile, la medesima *ratio* sembra, in qualche misura, essere trasposta anche nel campo delle controversie di lavoro.

Per quanto riguarda la Camera Nazionale Arbitrale in Agricoltura istituita presso il Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali, essa svolge funzioni suppletive di *appointing authority* in controversie che vedano opposta l'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura a imprenditori agricoli privati. La Camera svolge funzioni suppletive di nomina dell'arbitro unico o del presidente del collegio arbitrale²²⁰: in linea di principio, una simile regola non può che sollevare qualche perplessità, in quanto essa attribuisce compiti di nomina ad un soggetto ministeriale e dunque non equidistante in una controversia che veda opposti un ente pubblico ad uno o più soggetti privati. Le disposizioni del decreto ministeriale, in particolare, potrebbero configgere non tanto con l'art. 832 comma 4 c.p.c., non essendo il Ministero ricompreso nella nozione di ente rilevante ai sensi di tale norma²²¹, quanto con l'art. 809 c.p.c. e con la relativa necessità di garantire a ciascuna delle parti il medesimo potere in sede di nomina del collegio arbitrale²²². Tuttavia, il

²²⁰ Artt. 6 e 7 D.M. 20 dicembre 2006.

²²¹ In tal senso, valorizzando l'interpretazione letterale della disposizione, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato, cit.*, 1003.

²²² Cass. Sez. I, 29 novembre 1999, n. 13306.

meccanismo specificamente adottato dalla normativa secondaria consente di escludere tali profili di incompatibilità con la disposizione codicistica: infatti, sia in caso di nomina dell'arbitro unico che di designazione del presidente del collegio arbitrale, l'individuazione del soggetto avviene tramite sorteggio del nominativo²²³.

Le Camere arbitrali istituite in seno alle Camere di commercio sono, senza dubbio, una delle più importanti e diffuse esperienze di arbitrato amministrato in Italia. Dato che tali enti possono provvedere alla nomina di arbitri, qualora ciò sia previsto dalla convenzione di arbitrato nonché in caso di inerzia delle parti e/o dei relativi arbitri²²⁴, è necessario domandarsi se esse siano compatibili con il disposto dell'art. 832 comma 4 c.p.c. Come sottolineato in dottrina²²⁵, le Camere arbitrali istituite presso le Camere di commercio non sono sempre caratterizzate dalla medesima struttura organizzativa: a volte si tratta di un semplice ufficio della Camera di commercio, dotato di specifiche competenze ma del tutto privo di autonomia sia organizzativa che patrimoniale. In altre ipotesi, l'ente arbitrale può essere dotato di una qualche autonomia: si pensi al caso dell'associazione non riconosciuta e dell'azienda speciale²²⁶. Tale distinzione, tuttavia, non sembra poter assumere rilievo decisivo, ai fini dell'applicabilità dell'art. 832 comma 4 c.p.c.; dalla diversa struttura organizzativa, infatti, deriva esclusivamente un differente regime di autonomia patrimoniale. Tale autonomia, tuttavia, non è mai tale da recidere completamente i rapporti con la Camera di commercio che istituisce ed organizza la Camera arbitrale: di conseguenza, è necessario

²²³ L'elenco a cui l'ente attinge è, *ex art.* 5 D.M. 20 dicembre 2006, periodicamente aggiornato con nuovi iscritti; i soggetti interessati possono liberamente avanzare richiesta d'iscrizione.

²²⁴ Regolamento di arbitrato tipo delle Camere di Commercio, artt. 12 e 13.

²²⁵ CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, *cit.*, 304 ss.

²²⁶ Art. 2 comma 5 l. n. 580/1993; v. BUONFRATE – LEOGRANDE, *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio*, Milano, 1998, 24 ss.

domandarsi se le Camere di commercio siano qualificabili come enti rappresentativi degli interessi di categorie professionali. La circostanza che in giurisprudenza non siano reperibili pronunce in materia dimostra come gli operatori italiani non dubitino seriamente dei caratteri di imparzialità delle Camere di commercio; a seguito della riforma del 1993, gli organi di tali enti (a differenza di quanto originariamente previsto sotto il regime del decreto legislativo luogotenenziale n. 315 del 1944) contengono rappresentanti non solo dell'agricoltura, dell'artigianato, delle assicurazioni, del commercio, del credito, dell'industria, dei servizi alle imprese, dei trasporti e spedizioni, del turismo e degli altri settori economicamente rilevanti, ma altresì delle organizzazioni sindacali e delle organizzazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti²²⁷. Le Camere di commercio, in sintesi, sono organismi di diritto pubblico che perseguono interessi di carattere generale; esse non possono essere qualificate quali enti rappresentativi degli interessi di una certa categoria professionale. Non ha, inoltre, alcun rilievo la circostanza che le imprese siano iscritte a tali organismi: tale iscrizione, infatti, è un adempimento obbligatorio per qualsiasi impresa, dal quale non possono discendere presunzioni di parzialità. Conseguentemente, alle Camere arbitrali istituite presso le Camere di Commercio non si applica in alcun caso la disposizione di cui all'art. 832 comma 4 c.p.c.

Volgendo lo sguardo al panorama dell'arbitrato internazionale, è stata sostenuta in dottrina l'applicabilità dell'art. 832 comma 4 c.p.c. alla Camera di Commercio Internazionale²²⁸; da ciò discenderebbe, quale non auspicabile conseguenza, l'impossibilità di fissare in Italia la sede di un arbitrato

²²⁷ Artt. 10 e 12 l. n. 580/1993; sul punto v. Corte Cost., 8 novembre 2000, n. 477, in *Giur. It.*, 2001, 1327, con nota di POGGI, *La prima sentenza della Corte dopo la riforma camerale del 1993: le funzioni di interesse generale per lo sviluppo del sistema delle imprese tra principio di autonomia e principio di rappresentatività*.

²²⁸ CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, cit., 305 ss.

amministrato da tale istituzione. Tale tesi si fonda sulla considerazione che la Camera di Commercio Internazionale è un organismo di diritto privato, costituito da imprese ed enti rappresentativi di imprese: conseguentemente, essa non potrebbe nominare arbitri in un arbitrato avente sede in Italia che contrapponga un soggetto membro (in proprio o per il tramite di un'associazione di categoria) ad un terzo.

La circostanza che la Camera di Commercio Internazionale sia un organismo di diritto privato (in particolare un'associazione senza scopo di lucro di diritto francese²²⁹) non può ovviamente assumere rilievo decisivo: le istituzioni arbitrali possono essere emanazione di enti di diritto pubblico (si pensi al caso sopracitato della Camera Nazionale Arbitrale in Agricoltura), ma anche semplici enti di diritto privato. Tale ultima ipotesi, anzi, sembra essere del tutto logica nel caso della Corte d'Arbitrato istituita in seno alla Camera di Commercio Internazionale ma indipendente dalla stessa²³⁰, creata con lo scopo specifico di risolvere controversie commerciali mediante l'applicazione di standard transnazionali di formazione eminentemente privatistica (si pensi, su tutti, alla *lex mercatoria*)²³¹. Per quanto riguarda, invece, la questione dell'appartenenza all'ente, occorre considerare come la *ratio* dell'art. 832 comma 4 c.p.c. consista nell'evitare che, nel processo di nomina, l'*appointing authority* favorisca una delle parti o sia influenzata dalla stessa. Nel sistema della Camera di Commercio Internazionale, le imprese possono associarsi ed entrare a far parte di uno dei comitati nazionali; tuttavia, come già illustrato, qualora l'ente debba svolgere funzioni di nomina di arbitri, la decisione avviene su proposta di un comitato nazionale diverso da quello degli Stati a cui appartengono i litiganti. Questi, anzi, non sono messi a conoscenza di

²²⁹ DERAIS – SCHWARTZ, *A guide to the ICC Rules of Arbitration*, L'Aia, 2005, 2^a ed., 1.

²³⁰ Regolamento d'arbitrato ICC, art. 1.

²³¹ BERLINGUER, *Commento all'art. 1*, in BRIGUGLIO – SALVANESCHI (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale – Commentario*, Milano, 2005, 6 ss.

quale sia il comitato nazionale proponente e non possono fornire allo stesso indicazioni di alcun tipo. Conseguentemente, il meccanismo di nomina e la circostanza che la Corte sia una struttura indipendente dalla Camera di Commercio Internazionale appaiono sufficienti ad escludere l'applicabilità dell'art. 832 comma 4 c.p.c.; peraltro, la compatibilità dell'arbitrato ICC con il diritto italiano appare difficoltosa sotto altri aspetti, tra cui spicca la tutela cautelare²³².

A conferma di tali assunti, si consideri che la giurisprudenza della Corte dimostra una particolare accuratezza dell'istituzione nel deferire la nomina a comitati nazionali che non abbiano alcun rapporto con i litiganti: nel caso *Andersen*²³³, l'ente nominò un arbitro colombiano, essendo la Colombia uno

²³² V. *infra*, Cap. 6.

²³³ 28 luglio 2000, caso n. 9797/CK/AER/ACS, *Andersen Consulting Business Unit Member Firms vs. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Cooperative*, *Am. Rev. Int'l Arb.*, 1999, 10, 437 ss.: “ One of the first questions that is likely to be raised is how an arbitrator from Colombia became the sole arbitrator in a dispute between parties, whose principal operations were in the United States, but that had establishments all [*438] over the world, but not in Columbia, and that was to be resolved by arbitration in Geneva, Switzerland. The answer is to be found in Article 9(5) of the ICC Rules of Arbitration which provides that, if either party insists, the arbitrator may not have the nationality of any of the parties. Since the parties were incorporated or otherwise located in the vast majority of the countries of the world, and since no agreement could be reached on waiving the requirement of Article 9(5), it fell to the ICC International Court of Arbitration to find an arbitrator who did not have the nationality of any of the parties”. Peraltro, in giurisprudenza non mancano tentativi di estensione ulteriore del principio espresso dal regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale: in proposito si è sostenuto che, qualora una delle parti appartenga ad uno Stato membro dell'Unione Europea, l'arbitro non possa essere un cittadino dell'Unione Europea (18 Gennaio 1991, *Société chérifienne des pétroles c/ Mannesmann Industria Iberia*, *Tribunal de grande instance de Paris*, in *Rev. Arb.*, 1996, 503). In senso ancora più estensivo ed a-nazionale, è stato sostenuto che, qualora la controversia coinvolga una parte appartenente ad un Paese in via di sviluppo, anche uno degli arbitri debba necessariamente provenire da un Paese in via di sviluppo: 26 novembre 1982, *Société Westland Helicopters Ltd. c/ République arabe d'Égypte (R.A.E.)*, *The Arab Organization for Industrialization (A.O.I.)*, *The Arab British Helicopter Company (A.B.H.)*, *Cour de Justice de Genève*, in *Sem. Jud.*, 1984, 309, *Bull. Ass. Suis. Arb.*, 1984, 154 e 16 maggio 1983, *Tribunal fédéral suisse*, *1^{re} Cour civ.*, in *Bull. Ass. Suis. Arb.*, 1984, 203. Sul punto v. anche FOUCHARD, *Les institutions*

dei pochi Stati nei quali una delle parti non era presente con una filiale o altre strutture locali. L'applicazione delle regole dettate in materia di selezione degli arbitri, dunque, segue criteri estremamente rigorosi, miranti a tutelare l'equidistanza dell'*appointing authority*; anche per tale ragione non pare corretto, in un'ottica di eguaglianza sostanziale, assimilare l'esperienza della Camera di commercio internazionale a quella di enti che si limitano alla rappresentanza di interessi di una singola categoria professionale.

Ancora nell'ambito dell'arbitrato internazionale, è interessante analizzare il caso della London Court of International Arbitration: anch'essa è un ente senza scopo di lucro, con funzioni sovrapponibili, ai fini della presente trattazione, a quelli della Corte d'arbitrato istituita presso la Camera di Commercio Internazionale. Le parti sono libere di fissare la sede dell'arbitrato ove ritengano più opportuno²³⁴; conseguentemente, è necessario chiedersi se, ove la sede sia fissata in Italia, operi la disposizione di cui all'art. 832 comma 4 c.p.c. A differenza della Camera di Commercio Internazionale la London Court of International Arbitration, pur avendo un sistema di comitati locali, non prevede un meccanismo di suggerimento della nomina da parte di un soggetto terzo: conseguentemente, l'ente non offre le stesse garanzie di equidistanza dell'*appointing authority* dalle parti in conflitto. Tuttavia, l'associazione a cui la Corte fa capo non è, in questo caso, rappresentativa di interessi del mondo imprenditoriale ed industriale: la *membership*, al contrario, si rivolge principalmente agli operatori pratici ed alla comunità scientifica. Conseguentemente, anche in questo caso l'art. 832 comma 4 c.p.c.

permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (A propos d'une jurisprudence récente), in *Rev. Arb.*, 1987, 225, 234. Tali precedenti giurisprudenziali, per quanto in parte originati da strategie dilatorie poste in essere dalle parti coinvolte, testimoniano un tentativo di superamento della prospettiva nazionale in tema di individuazione di un arbitro imparziale da parte dell'ente di amministrazione: sul punto v. CLAY, *L'arbitre*, cit., 447 ss.

²³⁴ Regolamento d'arbitrato LCIA, art. 16.1.

non si applica: un arbitrato amministrato dalla London Court of International Arbitration con sede in Italia è, in linea di principio e con le stesse riserve pratiche sopra esposte, possibile.

1.4 Conseguenze della violazione dell'art. 832 comma 4 c.p.c.

Come già accennato, la violazione dell'art. 832 comma 4 c.p.c. comporta la nullità del lodo *ex art. 829 comma 1 n. 2 c.p.c.* Conseguentemente, la parte avverso la quale sia stata proposta domanda d'arbitrato potrà eccepire la violazione dell'art. 832; in tal caso, qualora il rilievo risulti fondato, l'*appointing authority* selezionata dovrà astenersi dal procedere alla nomina di arbitri. In dottrina è stato sostenuto che, in ogni caso, rimane ferma la scelta arbitrale²³⁵; la conseguenza diretta dell'indicazione di un ente associativo o rappresentativo di interessi di categoria nella clausola compromissoria sarebbe, dunque, la sostituzione *ex lege* del meccanismo di nomina previsto pattiziamente con quello presidenziale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 809 e 810 c.p.c. Tale soluzione è certamente percorribile qualora le parti abbiano scelto un arbitrato *ad hoc* e si siano limitate ad indicare nel patto compromissorio una *appointing authority*; in caso di arbitrato amministrato, tuttavia, il problema assume caratteri significativamente diversi. Nel caso in cui all'ente "parziale" siano affidate, oltre al compito di nomina, anche funzioni di amministrazione del processo privato, non si vede come la volontà delle parti possa sopravvivere alla ritenuta violazione dell'art. 832 c.p.c. Tale volontà, spesso espressa mediante l'inclusione nel contratto di una clausola tipo predisposta dallo stesso ente di amministrazione, prevede il riferimento ad un regolamento arbitrale che, nella grandissima maggioranza dei casi, presenta una pluralità di occasioni di intervento diretto da parte dell'istituzione; l'ente che non sia in grado di

²³⁵ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, cit., 1004.

nominare arbitri non sarà, *a fortiori*, legittimato ad amministrare il procedimento²³⁶. In tale ipotesi, non sembra possibile conservare all'istituzione alcun margine di partecipazione al procedimento: la controversia sarà risolta con un arbitrato *ad hoc*, a meno che la scelta di quella particolare istituzione debba considerarsi quale elemento essenziale del patto compromissorio. In tale ultima ipotesi, la violazione dell'art. 832 c.p.c. non potrà che comportare la necessità per le parti di rivolgersi al giudice dello Stato.

Qualora l'*appointing authority* "parziale" proceda alla nomina di arbitri, ciò produce, come detto, la nullità del lodo *ex art.* 829 comma 1 n. 2 c.p.c. Tale nullità, tuttavia, deve essere tempestivamente rilevata nel giudizio arbitrale; per converso, l'assenza di contestazioni sana il vizio, che non si trasmette al provvedimento conclusivo del processo.

1.5 La nomina degli arbitri nell'arbitrato con pluralità di parti

La nomina degli arbitri è uno degli aspetti più problematici dell'arbitrato con pluralità di parti; si pensi, in tale ottica, alla scelta compiuta in materia di arbitrato societario dall'art. 34 comma 2 del d. lgs. n. 5/2003, che deferisce necessariamente ad un terzo tale funzione. Anche ove la legge lasci i paciscenti liberi di trattenere a sé la nomina degli arbitri, il coinvolgimento di un'*appointing authority* risulta sicuramente preferibile, ogniqualvolta la lite abbia composizione plurisoggettiva: affidando la funzione di individuazione dei soggetti giudicanti ad un terzo, il patto compromissorio solleva le parti e gli arbitri dal compito di verificare se alla natura apparentemente

²³⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, cit., 1004. Tra i molti esempi possibili, si pensi al caso della ricasazione: l'ente inidoneo a nominare arbitri non sarà, senza dubbio, legittimato a decidere sull'imparzialità ed indipendenza degli stessi.

plurisoggettiva della controversia corrisponda in realtà una lite bipolare e se la clausola arbitrale possa trovare effettiva applicazione²³⁷.

L'attuale disciplina codicistica detta una norma, l'art. 816 *quater* c.p.c., che consente di risolvere alcuni dei più rilevanti problemi derivanti dalla pluralità di parti; tuttavia, in assenza di un ente di amministrazione, risulta impossibile predisporre *a priori* un sistema di individuazione dei "poli" della controversia e di conseguente ripartizione del potere di nomina. Dunque, nel caso in cui le parti abbiano optato per una clausola binaria e la lite non abbia struttura bipolare, l'unica soluzione possibile rimane, *ex art. 816 quater* comma 2 c.p.c., la scissione dell'arbitrato in tanti procedimenti quanti sono i convenuti. La scelta dell'arbitrato amministrato risulta, in questo senso, particolarmente opportuna: molti regolamenti arbitrali, infatti, predispongono uno strumento di identificazione dei centri di interesse. Qualora le parti siano più di due e le pattuizioni delle parti sul punto risultino assenti o inadeguate alla costituzione di un valido collegio arbitrale, l'istituzione può surrogarsi alle parti nel determinare il numero e le modalità di nomina degli arbitri, provvedendo, se del caso, direttamente alla nomina²³⁸. La scelta dell'arbitrato amministrato, dunque, rende generalmente possibile la costituzione di un unico tribunale arbitrale anche qualora la controversia non abbia struttura bilaterale, con evidenti vantaggi in termini di economicità del procedimento ed eliminazione del rischio di decisioni contrastanti; d'altro canto, le parti che intendano affidarsi ad un regolamento di arbitrato amministrato devono tenere in considerazione che, qualora la struttura plurilaterale della lite renda impossibile l'applicazione del sistema di nomina previsto nel patto

²³⁷ In tal senso UGARTE - BEVILACQUA, *Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions*, in *J. Int. Arb.*, 2010, 9 ss.

²³⁸ Regolamento d'arbitrato tipo delle Camere di commercio, art. 13; Regolamento della Camera arbitrale di Milano, art. 15; in ambito internazionale Regolamento di arbitrato ICC, art. 12(8).

compromissorio, l'istituzione arbitrale potrà gestire la nomina, provvedendo alla stessa anche in prima persona, ove ciò sia previsto dal regolamento.

Nell'ambito dell'arbitrato internazionale, la Camera di commercio internazionale ha amministrato un arbitrato particolarmente interessante dal punto di vista della nomina degli arbitri in un procedimento con pluralità di parti²³⁹: nel caso *Dutco*²⁴⁰, la parte attrice aveva formulato nei confronti di due convenuti distinte domande, derivanti dall'asserito inadempimento di un unico contratto stipulato con le stesse. I due convenuti si opposero alla formazione di un unico tribunale arbitrale, sostenendo che, avendo le parti previsto una clausola binaria, ciascuna di esse aveva diritto a nominare un arbitro. Il tribunale arbitrale rigettò tali assunti illustrando, in un lodo parziale, come i due convenuti costituissero, alla luce delle circostanze di quella particolare controversia, un unico "polo" ed avessero dunque diritto a nominare un solo arbitro; tale assunto fu confermato in sede di impugnazione dalla Corte d'Appello di Parigi nonché dalla *Cour de Cassation*. Tale esperienza giurisprudenziale conferma come, nel caso di arbitrato con pluralità di parti, il patto compromissorio che rimetta alle parti il potere di nomina dei soggetti decidenti possa essere interpretato o addirittura disapplicato, ove l'attuazione pratica risulti impossibile, al fine di salvaguardare la scelta della via arbitrale; da questo punto di vista, la presenza di un'istituzione arbitrale che amministri il procedimento e possa svolgere funzioni di *appointing authority* risulta fondamentale.

²³⁹ Peraltro, oggi il regolamento di arbitrato ICC contiene una disciplina dettagliata delle possibili ipotesi di arbitrato con pluralità di parti: sul punto v. *infra*, Cap. 5.

²⁴⁰ 7 gennaio 1992, *Sociétés BKMI et Siemens c/ société Dutco*, *Cour de cassation*, in *Rev. Arb.*, 1992, 470; sul punto v. anche SCHWARTZ, *Multi-Party Arbitration and the ICC: In the Wake of Dutco*, in *J. Int'l Arb.*, 1993, 2, 5; GOGEK, *Multi-party Arbitration under ICC Rules*, in *International Financial Law Review*, Novembre 1989, 32.

Oltre a ciò, il regolamento della Camera di commercio internazionale ha recentemente introdotto alcune fondamentali previsioni in tema di intervento di terzi nell'arbitrato, in forza delle quali l'istituzione compie talora un controllo *prima facie* anteriore alla trasmissione del fascicolo circa l'esistenza del patto compromissorio, analogo a quello svolto sulla domanda di arbitrato. Il combinato disposto di tali disposizioni con quelle riguardanti la nomina degli arbitri in caso di lite plurisoggettiva consente la celebrazione di un unico arbitrato anche nell'ipotesi di chiamata in causa di terzi ed in presenza di una clausola binaria, ciò che non sarebbe possibile in caso di arbitrato *ad hoc*: su tali prospettive di coinvolgimento di terzi nel procedimento si rimanda a quanto esposto nel capitolo 5.

*1.6 Il controllo circa l'esistenza del patto compromissorio da parte
dell'istituzione:
profili dinamici*

Come illustrato in tema di contratto di amministrazione²⁴¹, alcuni regolamenti arbitrali prevedono una fase di controllo *prima facie* circa l'esistenza del patto compromissorio; in tal caso, l'istituzione che abbia ricevuto una domanda di arbitrato procede a tale cognizione sommaria, prima della trasmissione del fascicolo al tribunale arbitrale. Dal punto di vista sostanziale, come illustrato, il giudizio dell'istituzione concerne l'esistenza di una valida accettazione dell'offerta al pubblico da parte dei litiganti e, dunque, il valido perfezionamento del contratto di amministrazione.

Dal punto di vista processuale, il giudizio *prima facie* si interseca con la fase di nomina degli arbitri; la valutazione sommaria compiuta dall'istituzione mira ad evitare lo svolgimento di attività inutili, qualora i presupposti necessari allo svolgimento del processo privato risultino assenti. Il più noto

²⁴¹ *Supra*, Parte I Sez. I Cap. 1.

meccanismo di controllo *prima facie* è contenuto nel regolamento della Camera di Commercio Internazionale²⁴²; esso è utilizzato esclusivamente nei casi in cui sussistano circostanze idonee a far dubitare circa l'esistenza di una valida volontà di compromettere in arbitri la controversia. In particolare, il Segretario Generale ha la possibilità di deferire il giudizio alla Corte qualora il convenuto non abbia depositato un atto di costituzione oppure abbia sollevato eccezioni in ordine all'esistenza, validità o portata del patto compromissorio, nonché in merito alla possibilità di decidere tutte le domande proposte in un unico arbitrato²⁴³. Tale possibilità non deve, in ogni caso, considerarsi come un meccanismo vincolante: solo il tribunale arbitrale sarà legittimato ad escludere la propria competenza²⁴⁴. Il controllo *prima facie* deve piuttosto considerarsi, dal punto di vista processuale, quale uno strumento non giurisdizionale attraverso il quale l'istituzione tenta di evitare lo svolgimento di attività inutili: è un meccanismo di "doppio filtro", che non priva in alcun modo il tribunale del potere di decidere in ordine all'esistenza di un valido patto compromissorio²⁴⁵. Lo stesso regolamento sottolinea come la decisione

²⁴² Regolamento di arbitrato ICC, art. 6.

²⁴³ Regolamento di arbitrato ICC, art. 6(3). Per tale motivo, non appare ad oggi condivisibile il rilievo secondo cui il controllo *prima facie* potrebbe rendere più difficoltoso l'esperimento della via arbitrale, precludendo la possibilità che il convenuto, in origine non vincolato dalla clausola compromissoria, esprima il proprio consenso a seguito della domanda di arbitrato: qualora la costituzione sia tempestiva e non presenti eccezioni di incompetenza, infatti, non si darà luogo ad alcun giudizio *prima facie*. Sul problema v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, cit., 1001 ss.: "attraverso il rilievo del vizio (l'assenza di una valida convenzione arbitrale, *nda*) ad opera dell'ente, quest'ultimo blocca sul nascere la possibilità che il procedimento amministrato prosegua validamente, per effetto del mancato rilievo ad opera del convenuto".

²⁴⁴ SALVANESCHI, *Commento all'art. 6*, in *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale – Commentario*, cit., 73 ss.

²⁴⁵ Sulla natura del controllo *prima facie* operato dalla Camera di commercio internazionale v. CHAN, *Of Arbitral Institutions and Provisional Determinations on Jurisdiction – The Global Cold Case*, in *Arb. Int.*, 2009, 403; RAU, *Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of 'Consent'*, in *Arb. Int.*, 2008, 199, 218.

dell'istituzione non vincoli le parti e non raggiunga mai alcuna forma di stabilità: i litiganti saranno liberi sia di riproporre la medesima domanda arbitrale²⁴⁶, sia di adire l'autorità giudiziaria competente, al fine di fare accertare l'esistenza di un valido accordo compromissorio²⁴⁷. Pur non avendo carattere definitivo, il rifiuto dell'istituzione può, se ingiustificato, danneggiare le parti: come già illustrato²⁴⁸, accertato l'inadempimento contrattuale, i litiganti potranno ottenere tutela sia in forma specifica, sia in via risarcitoria.

²⁴⁶ Regolamento di arbitrato ICC, art. 6(7).

²⁴⁷ Regolamento di arbitrato ICC, art. 6(6).

²⁴⁸ V. *supra*, Parte I Sez. I Cap. 1.

Capitolo 2

ACCETTAZIONE, *DISCLOSURE*

E CONFERMA DELLA NOMINA DA PARTE DELL'ISTITUZIONE

Sommario: 2.1 L'accettazione degli arbitri – 2.2 Il dovere di disclosure – 2.3 Il rapporto con la ricusazione e le conseguenze della violazione dell'obbligo di disclosure – 2.4 La conferma della nomina da parte dell'istituzione

2.1 L'accettazione degli arbitri

Nell'arbitrato amministrato, l'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri può essere espressa mediante la compilazione e la sottoscrizione di un modulo fornito dall'istituzione arbitrale. I contenuti di tale documento sono variabili: molte istituzioni richiedono ai soggetti nominati arbitri di dichiarare l'esistenza di circostanze e rapporti idonei ad ingenerare dubbi in punto di imparzialità ed indipendenza (c.d. *disclosure*²⁴⁹). La Camera di Commercio Internazionale ha recentemente pubblicato la nuova versione del modulo in questione²⁵⁰: essa richiede agli arbitri di sottoscrivere una dichiarazione di disponibilità, con la quale il giudice privato si impegna a svolgere il proprio incarico secondo canoni di diligenza ed efficienza, nel rispetto dei limiti temporali previsti dal regolamento d'arbitrato. Nell'ambito di tale dichiarazione, il soggetto nominato arbitro è tenuto a comunicare la propria principale attività professionale nonché il numero di controversie allo stato pendenti nelle quali egli è coinvolto, specificando se si tratti di arbitrati o di giudizi pendenti presso un'autorità giudiziaria statale. Per quanto riguarda gli

²⁴⁹ V. *infra*, § 2.2.

²⁵⁰

Disponibile

su

<http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/News/2010/January_SAAI.pdf>.

arbitrati, il soggetto in questione è chiamato altresì a precisare se il proprio coinvolgimento riguarda la posizione di arbitro unico o presidente di un collegio arbitrale, di membro di un collegio arbitrale o di difensore di una delle parti. Oltre a ciò, il modulo chiede di specificare se l'arbitro sia a conoscenza di ulteriori impegni ed attività che potrebbero coinvolgerlo nei successivi dodici-dicotto mesi.

La scelta della Camera di Commercio Internazionale di inserire una dichiarazione di disponibilità all'interno del documento che sancisce l'accettazione dell'arbitro mira a risolvere il problema dell'allungamento dei tempi medi della giustizia arbitrale, determinato in molti casi dall'eccessivo carico di lavoro gravante sui giudici privati. Una delle caratteristiche fondamentali della giustizia privata è la facoltà, per le parti, di riservarsi la scelta dei soggetti chiamati a dirimere la controversia; tale tratto distintivo dell'esperienza arbitrale non sembra poter subire significative modificazioni a motivo della presenza di un ente di amministrazione. La Camera di Commercio Internazionale, dunque, preserva nel proprio regolamento il diritto di nomina diretta da parte dei litiganti; tuttavia, gli adempimenti successivi alla nomina hanno lo scopo di bilanciare tale diritto con la salvaguardia dell'efficienza del procedimento. In particolare, la dichiarazione di disponibilità sopra descritta sembra avere due scopi fondamentali: anzitutto, essa ha la finalità di sensibilizzare gli arbitri circa la necessità di limitare il numero di impegni contemporaneamente assunti, al fine di evitare ritardi nello svolgimento del procedimento arbitrale. In secondo luogo, i contenuti della dichiarazione sono oggetto di scrutinio da parte dell'istituzione arbitrale, in sede di conferma della nomina, ove tale fase sia prevista dal regolamento²⁵¹.

L'introduzione di una dichiarazione di disponibilità da parte delle istituzioni arbitrali consente di evitare la formazione di tribunali arbitrali di fatto impossibilitati ad adempiere il loro mandato in modo efficace. Da questo

²⁵¹ V. *infra*, § 2.5.

punto di vista, il meccanismo messo a punto dalla Camera di Commercio Internazionale costituisce un indubbio vantaggio dell'arbitrato amministrato rispetto all'arbitrato *ad hoc*, nel quale la valutazione dell'effettiva disponibilità dei soggetti nominati è rimessa all'esclusiva valutazione degli stessi e non è oggetto di alcun tipo di dichiarazione. Non è facile prevedere se tale soluzione sarà adottata anche nell'ordinamento italiano; essa contribuirebbe sicuramente all'efficienza dell'arbitrato, specie qualora l'istituzione rilevi il ripetuto coinvolgimento quali arbitri di un numero limitato di soggetti, che potrebbero non essere in grado di far fronte a tutti gli impegni assunti.

2.2 Il dovere di disclosure

Con il termine *disclosure* si fa riferimento, nel contesto della formazione del tribunale arbitrale, al dovere degli arbitri di dichiarare le circostanze che possano far sorgere dubbi in punto di imparzialità ed indipendenza; tale dovere, oltre ad essere espressamente sancito in molti ordinamenti da norme di diritto positivo²⁵² e ad essere considerato come un corollario necessitato del rapporto contrattuale che lega i soggetti decidenti ai litiganti²⁵³, è solitamente previsto in tutti i regolamenti di arbitrato amministrato²⁵⁴. Generalmente, i regolamenti di arbitrato amministrato

²⁵² Legge modello UNCITRAL, art. 12(1); Codice di procedura civile francese, art. 1456; ZPO tedesco, §1036(1).

²⁵³ V. Tribunale Federale Svizzero, 14 marzo 1985, *Société Z v. L*, ATF 111 Ia 72.

²⁵⁴ Regolamento di arbitrato ICC, artt. 11(2)-11(3); Regolamento di arbitrato LCIA, art. 5.3; Regolamento di arbitrato AAA ICDR, art. 7(1); Regolamento di arbitrato SCC, artt. 14(2)-14(3); Regolamento di arbitrato SIAC, artt. 10.4-10.5; Regolamento di arbitrato WIPO, artt. 22(b)-22(c); Regolamento di arbitrato CIETAC, art. 25; tra i molti esempi presenti nell'esperienza italiana v. Regolamento di arbitrato tipo delle Camere di commercio, art. 17; Regolamento di arbitrato della Camera arbitrale di Milano, art. 18.

prevedono un grado di *disclosure* superiore a quello previsto dalla *lex arbitri* ed applicabile dunque ai soggetti giudicanti in un arbitrato *ad hoc*: lo scopo è, evidentemente, quello di rafforzare la percezione di terzietà del tribunale arbitrale. Assai più arduo è, invece, sostenere che la dichiarazione fornita dagli arbitri possa garantire l'effettiva imparzialità ed indipendenza degli stessi: come si dimostrerà, la *disclosure* ha rilievo principalmente endoprocessuale e mira a stimolare le parti che intendano proporre un'istanza di ricusazione, facendo decorrere il relativo termine.

Nell'arbitrato amministrato, la dichiarazione degli arbitri si rivolge sia alle parti, sia all'istituzione arbitrale; quest'ultima, infatti, non è affatto indifferente rispetto alle circostanze in questione, specie quando il regolamento arbitrale preveda un meccanismo di conferma della nomina. In caso di nomina di un arbitro da parte di uno dei litiganti, prima della formale *disclosure* può aver luogo una dichiarazione informale, con la quale il soggetto a cui sia proposta la nomina ad arbitro rende note alla parte che ha formulato la proposta le circostanze rilevanti in punto di imparzialità ed indipendenza²⁵⁵. Lo scopo di tale prima dichiarazione è evidentemente quello di stimolare la parte a considerare l'opportunità della formulazione di una simile nomina ed evitare quindi eventuali contrasti con l'altra parte e con l'istituzione arbitrale²⁵⁶.

²⁵⁵ LEW - MISTELIS - KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, 268 ss.: "The suggested rule, when in doubt disclose, is not always appropriate. It may offer a party wishing to delay matters, or who is distrustful of the process, the opportunity to object, challenge the arbitrator and try to preserve the alleged conflict for a challenge to the award at a later stage. It is often considered that if the arbitrator felt it appropriate to disclose certain facts, there must be some relevance and likelihood of it affecting his judgment".

²⁵⁶ Sulle varie fasi del procedimento di selezione degli arbitri v. WEBSTER, *Selection of Arbitrators in a Nutshell*, in *J. Int. Arb.*, 2002, 261 ss.

Come illustrato, la *disclosure* deve comprendere ogni rilevante circostanza coinvolgente l'arbitro, tale da ingenerare dubbi circa l'imparzialità e l'indipendenza dello stesso. Tuttavia, non è facile determinare in concreto come il concetto di rilevanza debba atteggiarsi; da un lato, la dichiarazione deve essere per quanto possibile esaustiva e dare conto di tutti i rapporti e le altre circostanze che possano essere utilizzati per avanzare un dubbio circa la terzietà del soggetto decidente. D'altro canto, non sembra corretto estendere l'area della rilevanza a dismisura, includendo nella dichiarazione (magari a scopo prudenziale) ogni possibile elemento, sebbene privo di qualsivoglia rilievo; tale comportamento, infatti, oltre a prestare il fianco a strategie dilatorie da parte del litigante che desideri ritardare per quanto possibile la costituzione del collegio arbitrale, finirebbe per rendere impossibile la nomina di quei soggetti che, per la loro peculiare preparazione (si pensi ai professori universitari), sono spesso coinvolti in procedimenti arbitrali e risultano, in generale, legati da relazioni di vario tipo con la comunità degli operatori pratici dell'arbitrato.

Il problema dell'individuazione di uno standard uniforme risulta particolarmente delicato in ambito internazionale, atteso che nell'esperienza statunitense (nonché negli orientamenti espressi dalla Camera di commercio internazionale²⁵⁷) il dovere di *disclosure* è interpretato in maniera significativamente più rigida e pervasiva rispetto alla prassi dell'Europa continentale²⁵⁸.

²⁵⁷ Per una rassegna degli orientamenti della Camera di Commercio Internazionale precedenti agli odierni tentativi di elaborazione di standard transnazionali v. HASCHER, *ICC Practice in relation to the appointment, confirmation, challenge and replacement of arbitrators*, in *ICC Bulletin*, 1995, 2, 4.

²⁵⁸ LEW – MISTELIS – KRÖLL, *cit.*, 269, con riferimento a OKEIKEIFERE, *Appointment and Challenge of Arbitrators under the UNCITRAL Model Law; Part II: Challenge*, in *International Arbitration Law Review*, 2000, 13; HIRSCH, *May Arbitrators Know the Lawyers of the Parties?*, in *ASA Bulletin*, 1990, 7; BOND, *The ICC Arbitrator's Statement of Independence: A Response to Prof. Alain Hirsch*, *ibidem*, 226.

Al fine di uniformare la pratica internazionale, la rilevanza di circostanze di comune evenienza è stata codificata dalla International Bar Association in un *corpus* di linee-guida²⁵⁹, miranti a bilanciare l'esigenza delle parti di essere poste a conoscenza di circostanze rilevanti riguardanti la posizione degli arbitri con il diritto a selezionare liberamente il soggetto giudicante, caratteristica fondamentale della giustizia privata²⁶⁰. Le linee-guida si compongono di una serie di principi generali, a cui seguono delle liste di casi concreti, raggruppati in ordine di rilevanza. In particolare, la prima lista (*Red List*) contiene un'enumerazione non esaustiva di circostanze di particolare gravità, nelle quali esiste un oggettivo profilo di conflitto di interessi in capo all'arbitro; nell'ambito di tale lista, alcune circostanze ostano in ogni caso alla nomina dell'arbitro (*Non-waivable Red List*), mentre in altri casi le parti possono, essendo state debitamente informate, accettare espressamente la nomina dell'arbitro. In assenza di tale espressa manifestazione di volontà, tuttavia, tutte le circostanze contenute nel primo elenco sono idonee a compromettere l'apparenza di imparzialità ed indipendenza del giudice privato. La seconda lista (*Orange list*) comprende situazioni rilevanti ma non altrettanto gravi; in questo caso, l'arbitro ha un dovere di dichiarazione e le parti possono opporsi alla nomina dello stesso. Tuttavia, in assenza di una simile opposizione, si presume che le parti abbiano accettato la nomina dell'arbitro²⁶¹. La terza lista (*green list*), infine,

²⁵⁹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International arbitration, documento reperibile su <<http://www.ibanet.org>>.

²⁶⁰ BOND, *A Geography of International Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2005, 99, 106; HOFFMANN, *Duty of Disclosure and Challenge of Arbitrators: The Standard Applicable Under the New IBA Guidelines on Conflicts of Interest and the German Approach*, in *Arb. Int.*, 2005, 427; BALL, *Probity Deconstructed: How Helpful, Really, are the New International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration?*, in *Arb. Int.*, 2005, 323; LANDOLT, *The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: An Overview*, in *J. Int. Arb.*, 2005, 409.

²⁶¹ In senso critico sulle scelte compiute dalle linee-guida ed in particolare sulla rilevanza della circostanza che ad un medesimo soggetto siano state a più riprese affidate funzioni giurisdizionali

comprende circostanze prive di rilevanza, che l'arbitro non ha il dovere di rendere oggetto di *disclosure*: lo scopo del documento, dunque, è quello di porre un limite al grado di soggettività insito nel concetto di rilevanza, sancendo la correttezza del comportamento dell'arbitro che ometta di considerare nella propria dichiarazione circostanze di fatto inidonee a comprometterne, dal punto di vista di un osservatore equidistante ed informato, la terzietà. Le linee-guida IBA in tema di conflitto di interessi costituiscono uno standard uniforme nella valutazione delle circostanze attinenti alla posizione degli arbitri rispetto alle parti: conseguentemente, un'ampia diffusione delle stesse presso le istituzioni che amministrano procedimenti arbitrali risulta a dir poco auspicabile. L'espresso riferimento agli *standard* enucleati dalle linee-guida, infatti, permette di ridurre il grado di aleatorietà insito nei concetti di imparzialità ed indipendenza dell'arbitro e conseguentemente assicura un più efficiente svolgimento del processo arbitrale, sia sotto il profilo della nomina del giudice privato, sia dal punto di vista delle possibilità di sottoporre lo stesso a riconsulazione.

È di tutta evidenza come l'insorgere di un profilo di possibile parzialità dell'arbitro possa compromettere la celerità e l'efficacia del processo arbitrale; è dunque fondamentale che la *disclosure* degli arbitri sia per quanto possibile completa, al fine di evitare che la scoperta di circostanze taciute in un primo momento provochi una battuta d'arresto nel procedimento. In tal senso, la giurisprudenza statunitense prevede in capo ai soggetti nominati arbitri un dovere d'indagine in ordine ad ogni possibile profilo di conflitto di interessi²⁶²; tale dovere è incluso anche nelle linee-guida IBA²⁶³. Non

SLAOUI, *The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators': A Call for Clarification*, in *Arb. Int.*, 2009, 103; dissentono, tuttavia, DE VIETRI - DHARMANANDA, *Impartiality and the Issue of Repeat Arbitrators - A Reply to Slaoui*, in *J. Int. Arb.*, 2011, 187.

²⁶² *Applied Indus. Materials Corp. v. Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi, A.S.*, 492 F.3d 132 (2d Cir. 2007); *New Regency Prod. Inc. v. Nippon Herald Films, Inc.*, 501 F.3d 1101 (9th Cir. 2007); *Schmitz v. Zibeti*,

mancono, tuttavia, anche pronunce di segno contrario, in base alle quali gli arbitri non sarebbero gravati di un dovere di indagine ulteriore, essendo sufficiente la dichiarazione delle circostanze di cui gli stessi possano ragionevolmente ritenersi a conoscenza²⁶⁴: la *disclosure*, secondo tale secondo orientamento, sarebbe una mera obbligazione di mezzi.

Il dovere di *disclosure* non opera solo nella fase genetica del contratto di arbitrato, ma attiene ad ogni fase del procedimento arbitrale: l'arbitro ha il dovere di rivelare ogni circostanza idonea a metterne in dubbio l'imparzialità e l'indipendenza, non appena tale circostanza venga in esistenza o sia conosciuta dal soggetto decidente nel corso del procedimento²⁶⁵. A tal fine, i regolamenti di arbitrato amministrato precisano generalmente il carattere continuativo dell'obbligo di trasparenza gravante sugli arbitri, estendendo lo stesso ad ogni fase del procedimento arbitrale²⁶⁶.

2.3 Il rapporto con la ricusazione e le conseguenze della violazione dell'obbligo di disclosure

20 F.3d 1043 (9th Cir. 1994); *HSMV Corp. v. ADI Ltd.*, 72 F.Supp.2d 1122 (C.D. Cal. 1999); *Wheeler v. St. Joseph Hosp.*, 133 Cal.Rptr. 775 (Cal. App. 1976).

²⁶³ Standard 7(c).

²⁶⁴ *Gianelli Money Purchase Plan & Trust v. ADM Inv. Serv. Inc.*, 146 F.3d 1309 (11th Cir. 1998); *Al-Harbi v. Citibank, NA*, 85 F.3d 680 (D.C. Cir. 1996); *Lifecare Int'l Inc. v. CD Medical, Inc.*, 68 F.3d 429 (11th Cir. 1995); *Betz v. Pankow*, 31 Cal.App.4th 1503 (Cal. App. 1995).

²⁶⁵ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 7*, in BRIGUGLIO – SALVANESCHI (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale – Commentario*, Milano, 2005, 141 ss.

²⁶⁶ Regolamento di arbitrato ICC, art. 11(3); Regolamento di arbitrato AAA ICDR, art. 7(1); Regolamento di arbitrato SCC, art. 14(3); Regolamento di arbitrato LCIA, art. 5.3; Regolamento di arbitrato NAI, art. 11(3); Regolamento di arbitrato WIPO, art. 22(c); Regolamento di arbitrato SIAC, art. 10.5; Regolamento di arbitrato CIETAC, art. 25(2); nell'esperienza italiana v. Regolamento di arbitrato tipo delle Camere di commercio, art. 17(5); Regolamento di arbitrato della Camera arbitrale di Milano, art. 18(5).

Come già accennato, la *disclosure* vive in stretto rapporto con l'istituto della riconsunzione. Non sembra che la dichiarazione formulata dall'arbitro possa essere uno strumento effettivamente idoneo a preservare l'imparzialità ed indipendenza dello stesso: gli effettivi profili di parzialità sfuggono, molto spesso, ad una valutazione prognostica basata esclusivamente sull'analisi del *curriculum* del soggetto giudicante. Si potrebbe, addirittura, arrivare a sostenere che tale profilo sia irrilevante: la parte che intenda minare l'equilibrio del procedimento avrà, con tutta probabilità, l'accortezza di nominare quale proprio arbitro un soggetto dalla posizione formalmente ineccepibile, ma disposto a far valere la propria posizione nel procedimento al fine di favorire uno dei litiganti. Inoltre occorre considerare come l'arbitro che dichiara una qualche relazione nei confronti di una delle parti in sede di *disclosure* non sembra poter essere considerato un soggetto parziale; egli, al contrario, accettando l'incarico rivela la circostanza proprio perché ritiene che la stessa non costituisca un ostacolo alla propria autonomia di giudizio e non possa essere utilizzata quale fondamento per un'istanza di riconsunzione²⁶⁷.

La *disclosure*, allora, trova la propria causa di giustificazione in un'ottica endoprocedurale: più che a tutelare l'effettiva imparzialità degli arbitri, essa mira a far decorrere il termine per la presentazione di eventuali istanze di riconsunzione e quindi, all'esito, a consolidare il tribunale arbitrale ed a porre il procedimento al riparo da eventuali successive manovre dilatorie, che una delle parti potrebbe altrimenti porre in essere riconsunando gli arbitri quando il procedimento già si trovi ad uno stadio avanzato²⁶⁸. Da questo punto

²⁶⁷ In tal senso si esprimono anche le linee-guida IBA (Standard 3(b)): "an arbitrator who has made a disclosure considers himself or herself to be impartial and independent of the parties despite the disclosed facts and therefore capable of performing his or her duties as arbitrator. Otherwise, he or she would have declined the nomination or appointment at the outset or resigned".

²⁶⁸ BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2009, 2^a ed., 1547: "disclosure by an arbitrator entails materially fewer costs than disqualification, while it removes from the arbitrator's

di vista, la via dell'arbitrato amministrato appare sicuramente preferibile rispetto all'arbitrato *ad hoc*: la previsione di un obbligo di *disclosure* dai confini definiti, corredata ove possibile dal riferimento ad un *corpus* di regole quali le linee-guida elaborate dalla International Bar Association, consente al processo privato di raggiungere un grado di stabilità difficilmente ipotizzabile in assenza di una struttura istituzionale.

L'assenza di imparzialità ed indipendenza dell'organo giudicante è un problema di estremo rilievo, che non può essere sicuramente risolto né con uno strumento di autoresponsabilità rimesso alla valutazione degli arbitri stessi (ciò che, di per sé, concettualmente è inconciliabile con l'idea di un soggetto giudicante parziale), né con un rudimentale procedimento di natura volontaria, quale la ricusazione²⁶⁹: la relativa tutela deve offrire le garanzie della cognizione piena e trova la sua collocazione naturale, nell'ordinamento italiano, nel giudizio di impugnazione per nullità *ex art. 829 comma 1 n. 9 c.p.c.*

Il problema delle conseguenze della mancata *disclosure* si compone di due diversi aspetti, tra loro connessi: i riflessi sulla ricusabilità degli arbitri e le conseguenze in punto di responsabilità civile degli stessi. Per quanto riguarda la ricusabilità, non sembra che l'incompletezza della dichiarazione possa di per sé rilevare ai fini della valutazione di imparzialità ed indipendenza del soggetto decidente: la *disclosure*, infatti, ha ad oggetto un insieme di circostanze ben più ampio di quello effettivamente rilevante in sede di ricusazione²⁷⁰. Oltre a ciò, si consideri che, se il concetto di rilevanza è in questo contesto soggettivo e passibile di interpretazioni diverse, altrettanto

sole (and potentially self-interested) discretion questions of disqualification which would otherwise never become known to the parties or the appointing institution”.

²⁶⁹ Sul punto v. in dettaglio *infra*, Cap. 4.

²⁷⁰ BORN, *cit.*, 1547 ss.

deve dirsi per la completezza della dichiarazione, che può essere valutata diversamente in base alla posizione ed alla cultura giuridica dei soggetti coinvolti. Di conseguenza, l'orientamento prevalente in campo internazionale afferma che la mancata *disclosure* di una circostanza riguardante la posizione dell'arbitro rispetto ad una parte non è, di per sé, sufficiente a determinare né l'accoglimento dell'istanza di ricusazione dello stesso, né *a fortiori* la nullità del lodo da questi pronunciato²⁷¹; dal lato opposto, tuttavia, alcune pronunce affermano che la mancata dichiarazione è di per sé sufficiente ad infirmare la posizione dell'arbitro²⁷². La prima soluzione è sicuramente quella che risulta maggiormente coerente rispetto all'ordinamento italiano: ciò che determina l'accoglimento dell'istanza di ricusazione è il fatto che la circostanza sottaciuta sia inclusa nell'elenco di cui all'art. 815 c.p.c. o nel più ampio elenco eventualmente previsto dal regolamento di arbitrato convenzionalmente adottato dalle parti. Non sembra, al contrario, che la mancata menzione di una circostanza diversa ed ulteriore, che avrebbe potuto essere inclusa nella dichiarazione dell'arbitro a scopo di completezza, possa infirmare la posizione del soggetto investito di funzioni giurisdizionali.

Come illustrato, la *disclosure* è un dovere immanente nel contratto che lega gli arbitri alle parti, sancito tra l'altro dai regolamenti di arbitrato amministrato. Conseguentemente, è necessario domandarsi se la mancata *disclosure*, in quanto inadempimento contrattuale, possa di per sé rilevare al fine dell'insorgere di un profilo di responsabilità civile in capo all'arbitro. La soluzione di tale problema non può prescindere dall'analisi dell'art. 813 *ter*

²⁷¹ V. nell'esperienza inglese *AT&T Corporation v. Saudi Cable*, [2000] 2 Lloyd's Rep 127; nell'esperienza tedesca Bundesgerichtshof, 4 settembre 1999, in *ZIP*, 1999, 859.

²⁷² V. negli Stati Uniti *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 US 145 (1968); nell'esperienza francese (anteriormente alla riforma del codice di procedura civile) *Société Raoul Duval c/ Société Merkuria Sucden*, 12 maggio 1993, Tribunal De Grande Instance di Parigi, in *Rev. Arb.*, 1996, 414.

c.p.c., che limita la proponibilità di un'azione di responsabilità a particolari ipotesi di dolo o colpa grave. Esclusi i casi di cui all'art. 2 commi 2 e 3 della l. n. 117/1988, concernenti *errores in iudicando*²⁷³, non sembra che la mancata *disclosure* possa ingenerare una delle circostanze di cui all'art. 813 *ter* comma 1 n. 1. Il caso della decadenza dell'arbitro dovuta ad omissione o ritardo di un atto dovuto è, infatti, diverso dall'ipotesi dell'accoglimento della ricusazione: la dichiarazione reticente può dare luogo alla rimozione del soggetto giudicante, qualora ricorrano i presupposti della ricusabilità, ma non alla decadenza dello stesso. Anche il caso della rinuncia all'incarico senza giustificato motivo non può essere ricondotto all'ipotesi dell'omissione di *disclosure*; esso, piuttosto, può verificarsi quando l'arbitro abbia, dopo aver rivelato nel corso del procedimento il sopravvenire di una circostanza priva di rilevanza, rinunciato all'incarico senza motivo. In questo senso, dunque, la responsabilità potrebbe sorgere da un comportamento in apparenza scrupoloso, ma non dall'assenza di comunicazione di una circostanza rilevante.

Può, invece, assumere rilievo la disposizione di cui all'art. 813 *ter* comma 1 n. 2; nel caso in cui la mancata *disclosure* di una circostanza rilevante abbia condotto alla presentazione di un'istanza di ricusazione nel corso del procedimento, all'accoglimento della stessa ed alla conseguente necessità di modificare la composizione soggettiva del tribunale arbitrale, è possibile che il comportamento tenuto dall'arbitro impedisca la pronuncia del lodo entro il termine previsto. Ciò, in particolare, si potrebbe verificare qualora la ripetizione di attività processuali comporti un'estensione della

²⁷³ Non si vede come la mancata dichiarazione di una circostanza rilevante in sede di *disclosure* possa comportare una grave violazione delle regole di diritto inerenti al merito della controversia (art. 2 comma 3 lettera a) o l'affermazione o negazione di un fatto in senso incontrastabilmente contrario rispetto a quanto risulti dagli atti del procedimento (art. 2 comma 3 lettere b e c). Quanto all'art. 2 comma 3 lett. d, tale disposizione non può, con ogni evidenza, trovare applicazione nell'ambito della giustizia civile.

durata del procedimento che non sia compensata dal periodo di sospensione e dalla successiva proroga del termine verosimilmente accordata, a prescindere dall'eventuale orientamento restrittivo tenuto dalla camera arbitrale, in consonanza con l'art. 820 comma 2 lett. d c.p.c. Anche in questo caso, tuttavia, la possibilità di esperire un'azione di responsabilità appare estremamente ridotta: oltre alla prova del dolo o della colpa grave, infatti, l'attore avrebbe l'onere di dimostrare il nesso eziologico tra sostituzione dell'arbitro ricusato e mancato rispetto del termine. Tale prova sembra assumere caratteri di estrema difficoltà, in quanto il sistema di proroga del termine per la pronuncia del lodo esiste proprio allo scopo di porre il tribunale arbitrale al riparo dalla conseguenze della sostituzione dell'arbitro unico o della modificazione soggettiva del collegio.

Nel panorama internazionale, sono rinvenibili alcuni interessanti casi di responsabilità dell'arbitro per mancata *disclosure*. In alcuni casi, si è sostenuto che la reticenza del giudice privato sia un elemento sufficiente a rendere invalido il lodo da questi pronunciato: da ciò deriva la responsabilità dell'arbitro che abbia, con la propria reticenza, compromesso la validità della pronuncia²⁷⁴.

La giurisprudenza francese anteriore alla riforma del codice di rito²⁷⁵ ha, in una particolare occasione, affermato che all'arbitro non possano estendersi le stesse immunità previste per il giudice dello Stato, non essendo il giudice privato investito di alcuna funzione pubblica. Conseguentemente, è stata affermata la responsabilità da inadempimento, in base ai principî generali di diritto civile applicabili a qualsivoglia rapporto obbligatorio, di un arbitro

²⁷⁴ Tale è la posizione assunta dalla giurisprudenza australiana nel caso *Du Toit v. Vale*, (1993) 9 WAR 138 e dalla Corte Suprema finlandese (31 gennaio 2005, KKO 2005:14, 2005). Entrambi i casi sono citati da BORN, *cit.*, 1620 ss.

²⁷⁵ Relativamente alla quale v. Parte III Cap. 4, con riferimento al regime di responsabilità delle istituzioni arbitrali.

che aveva omesso la dichiarazione di una circostanza rilevante concernente la propria indipendenza²⁷⁶. Tali orientamenti non sembrano poter trovare accoglimento nel sistema italiano: come illustrato, il regime di responsabilità degli arbitri esclude la possibilità di poter costruire un'azione di responsabilità contrattuale sulla base della mera circostanza della mancata *disclosure*.

L'analisi dell'istituto della *disclosure* da parte degli arbitri dimostra come l'utilizzo di un simile strumento garantisca al tribunale arbitrale, e dunque al procedimento, un carattere di stabilità altamente significativo; in tale ottica, le istituzioni arbitrali inseriscono generalmente nei loro regolamenti una disposizione che prevede in capo agli arbitri un costante dovere di comunicazione di ogni circostanza rilevante attinente a rapporti che leghino i soggetti giudicanti alle parti in lite. Al fine di ridurre il grado di soggettività insito nel parametro della rilevanza, gli enti che amministrano procedimenti arbitrali possono giocare un ruolo fondamentale, incentivando l'adozione di standard uniformi, quali le linee-guida elaborate dalla International Bar Association in materia di conflitto di interessi.

2.4 La conferma della nomina da parte dell'istituzione

L'istituto della conferma della nomina è oggi presente in molti regolamenti di arbitrato amministrato²⁷⁷: generalmente, esso consiste in un

²⁷⁶ *Société Raoul Duval c/ Société Merkuria Sueden*, cit., in *Rev. Arb.*, 1996, 414, 415: "(a)ttendu en effet qu'un arbitre n'est investi d'aucune fonction publique, qu'il ne peut en aucun cas voir ses fautes personnelles garanties par l'Etat dans les termes de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire ou de l'article 505 de l'ancien Code de procédure civile (...); (a)ttendu que le lien de nature contractuelle qui unit l'arbitre aux parties, justifie que sa responsabilité soit appréciée dans les conditions de droit commun sur le fondement de l'article 1142 du Code civil".

²⁷⁷ Regolamento di arbitrato ICC, art. 13; Regolamento di arbitrato SIAC, art. 6; Regolamento di arbitrato CIETAC, art. 21; Regolamento della Camera arbitrale di Milano, art. 18.

potere di conferma o rifiuto della nomina degli arbitri da parte dell'istituzione; da ciò, come illustrato, derivano importanti conseguenze in tema di perfezionamento del contratto che lega gli arbitri alle parti²⁷⁸.

La conferma mira, anzitutto, ad evitare che si giunga alla costituzione di un tribunale arbitrale in seno al quale l'assenza di imparzialità ed indipendenza potrebbe dare luogo ad una ricusazione; ciò è evidente, qualora si consideri gli indici che l'istituzione prende in considerazione nel valutare la conferma del soggetto giudicante. La valutazione in ordine alla conferma della nomina avviene dopo l'accettazione da parte dell'arbitro e la contestuale comunicazione da parte di quest'ultimo di circostanze rilevanti in punto di terzietà; l'istituzione valuta tali circostanze e si pronuncia in modo vincolante circa l'opportunità che il soggetto in questione svolga la funzione di arbitro nella controversia. Nel caso della Camera di Commercio Internazionale, l'istituzione valuta anche il profilo della disponibilità e può, dunque, rifiutare l'arbitro qualora appaia che lo stesso non è in grado di fare fronte agli impegni relativi al procedimento arbitrale in modo efficiente.

Si è esposto come la *disclosure* dell'arbitro trovi uno dei suoi significati principali nella decorrenza del termine per promuovere istanze di ricusazione; nel caso in cui sia prevista la conferma della nomina, a ciò si aggiunge la possibilità per le parti di formulare osservazioni circa l'idoneità del soggetto nominato a svolgere funzioni di arbitro. Le parti, dopo aver avuto conoscenza del nominativo prescelto e dei contenuti della relativa dichiarazione di accettazione, possono effettuare rilievi e chiedere all'istituzione arbitrale di astenersi dal confermare l'arbitro: in tal modo, le doglianze che condurrebbero alla ricusazione dell'arbitro sono anticipate ad una fase anteriore alla formazione del tribunale arbitrale²⁷⁹, con evidenti benefici in termini di

²⁷⁸ V. *supra*, Parte I Sez. 1 Cap. 2.

²⁷⁹ CRAIG – PARK – PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Dobbs Ferry, 2000, 204: “(a)diverse comment technically does not constitute a challenge (...) since the

celerità e stabilità della procedura. Qualora nonostante l'opposizione di una delle parti si pervenga alla conferma della nomina, si apre la strada della ricusazione, che diventa quindi uno strumento residuale.

Con la conferma, l'istituzione arbitrale può evitare che alcuni dei soggetti nominati entrino a far parte del tribunale arbitrale, qualora ritenga che tale presenza possa compromettere lo svolgimento del processo. Da ciò, in ogni caso, non discende che l'istituzione possa essere ritenuta responsabile, nel caso in cui essa abbia confermato la nomina di un arbitro che sia stato successivamente ricusato (o che abbia svolto negligenemente i propri compiti): atteso che le obbligazioni derivanti dal rapporto di mandato che lega i soggetti giudicanti alle parti sono diverse e distinte da quelle inerenti al contratto di amministrazione, non risulta possibile, nemmeno in caso di conferma della nomina degli arbitri, configurare una *culpa in eligendo* a carico dell'istituzione arbitrale.

Il meccanismo di conferma previsto nel regolamento della Camera di Commercio Internazionale costituisce il prototipo per ogni analoga disposizione. Dal punto di vista procedimentale, la conferma si articola in due fasi: in un primo momento, il Segretario Generale valuta la dichiarazione fornita dall'arbitro in sede di accettazione: qualora essa non contenga il riferimento ad alcuna circostanza, oppure nel caso in cui le parti non si siano opposte alla nomina²⁸⁰, il Segretario può procedere direttamente alla

nominee has not yet become an arbitrator. An objection at this stage is merely an element to be taken into consideration in the confirmation process”.

²⁸⁰ La disposizione, che attribuisce una rilevante quota di discrezionalità al Segretario Generale, non ha mancato di attrarre critiche da parte della dottrina, secondo la quale la presenza di una dichiarazione contenente l'enunciazione di circostanze non irrilevanti dal punto di vista della terzietà comporterebbe la necessità di una pronuncia in punto di conferma da parte della Corte: sul punto v. CRAIG – PARK – PAULSSON, *Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules*, New

conferma, che dovrà essere oggetto di successiva comunicazione alla Corte²⁸¹. Qualora, invece, la dichiarazione indichi circostanze rilevanti e vi sia l'opposizione di una delle parti, la decisione è rimessa alla Corte.

Qualora sorgano dubbi, l'art. 13(2) deve essere interpretato restrittivamente, nella parte in cui attribuisce al Segretario Generale il potere di decidere in prima persona riguardo alla conferma della nomina: in un'ottica garantistica, la decisione collegiale da parte della Corte non può che essere preferita. Peraltro, sia il Segretario che la Corte devono non solo considerare i contenuti della dichiarazione di accettazione e la portata delle contestazioni mosse, ma anche la generale capacità del soggetto nominato di condurre l'arbitrato secondo quanto prescritto dal regolamento²⁸². In forza di tale clausola generale, occorre ritenere che il Segretario possa rimettere la decisione alla Corte non solo quando vi sia un'esplicita opposizione alla conferma proveniente da una delle parti, ma anche qualora sorgano altre circostanze idonee a far dubitare della idoneità del soggetto nominato²⁸³.

Si è visto come la mancata dichiarazione di un fatto rilevante non costituisca, di per sé, condizione sufficiente all'accoglimento di un'istanza di ricusazione; essa, tuttavia, qualora sia fatta valere da una delle parti, è sicuramente idonea ad indurre l'istituzione arbitrale a negare la conferma. È, infatti, del tutto ragionevole immaginare che l'arbitro che abbia fornito una dichiarazione incompleta in sede di accettazione non sia idoneo a far fronte ai

York, 1998, 80, secondo cui la norma sarebbe frutto di un errore materiale in sede di compilazione del regolamento. Tale ipotesi, oggi, può essere sicuramente esclusa, dato che una disposizione di identico tenore è stata inserita nel nuovo regolamento di arbitrato, in vigore dal 1 gennaio 2012, all'art. 13(2).

²⁸¹ Il conferimento di un potere diretto di conferma in capo al Segretario mira ad ottimizzare i tempi della procedura, specie nei casi in cui non sorga alcun profilo problematico in punto di imparzialità ed indipendenza: v. SCHÄFER – VERBIST – IMHOOS, *ICC Arbitration in Practice*, L'Aia, 2005, 54.

²⁸² Regolamento d'arbitrato ICC, art. 13 (1).

²⁸³ DERAÏNS – SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, L'Aia, 2005, 2ª ed., 165.

doveri inerenti al mandato arbitrale in maniera efficace; da questo punto di vista, dunque, la previsione di un meccanismo di conferma risulta quanto mai opportuna, in quanto previene la formazione di un tribunale arbitrale che, sebbene non necessariamente ricusabile, potrebbe indurre uno dei litiganti a formulare contestazioni e ad impugnare il lodo all'esito della controversia²⁸⁴. In tal senso, l'orientamento adottato dalla Camera di Commercio Internazionale è assai significativo: l'istituzione, generalmente restia ad accogliere istanze di ricusazione a seguito dell'insediamento del tribunale arbitrale²⁸⁵, tende nella maggior parte dei casi ad evitare la conferma della nomina, qualora una delle parti esprima un'opinione in senso contrario²⁸⁶.

La conferma dell'arbitro è necessaria tanto nel caso in cui la nomina provenga da una delle parti o dagli altri arbitri, quanto nel caso in cui essa sia frutto di una scelta dell'istituzione arbitrale stessa; quest'ultima, infatti, non può essere a conoscenza dell'esistenza di profili problematici attinenti alla terzietà ed alla disponibilità degli arbitri, prima che gli stessi siano oggetto di dichiarazione da parte dei soggetti nominati in sede di *disclosure* e/o di contestazioni provenienti da una delle parti.

²⁸⁴ BÜHLER – WEBSTER, *Handbook of ICC Arbitration - Commentary, Precedents, Materials*, Londra, 2005, 141 ss. porta ad esempio la nomina di un arbitro che non padroneggi la lingua dell'arbitrato: anche tale ipotesi potrebbe dare luogo ad un'impugnazione del lodo, qualora l'assenza delle necessarie competenze linguistiche in capo al soggetto giudicante si traduca in una violazione del contraddittorio.

²⁸⁵ Secondo i dati pubblicati in HASCHER, *ICC Practice in relation to the appointment, confirmation, challenge and replacement of arbitrators*, cit., 12, nel periodo 1988-1994 solo il 12% delle istanze di ricusazione ha trovato accoglimento; la percentuale è ancora inferiore (9%) nel quinquennio precedente, come illustrato da BOND, *The Experience of the ICC Court of Arbitration in the Selection and Confirmation/Appointment of Arbitrators*, in *The Arbitral Process and The Independence of Arbitrators*, Pubblicazione ICC n. 472, 1991, 12.

²⁸⁶ BOND, *The Experience of the ICC Court of Arbitration in the Selection and Confirmation/Appointment of Arbitrators*, cit., 12: nel periodo analizzato, la conferma è stata negata nel 72% dei casi.

È interessante notare come la previsione della conferma della nomina degli arbitri costituisca una significativa limitazione del potere delle parti di scegliere liberamente i soggetti giudicanti, anche qualora tale potere sia espressamente previsto dalla clausola compromissoria. Nell'ordinamento italiano, la configurabilità di tale limitazione sarebbe stata difficoltosa, qualora il legislatore delegato avesse seguito la strada tracciata dalla l. n. 80/2005, che prevedeva all'art. 1 comma 3 la vincolatività per l'istituzione della nomina espressa dalle parti. In assenza di una simile disposizione si deve ritenere che le parti, le quali avocano a sé la nomina di arbitri ma richiamano un regolamento arbitrale che preveda un meccanismo di conferma, abbiano inteso contemperare il proprio potere di nomina con il controllo da parte dell'ente che amministra l'arbitrato. In ogni caso, è necessario sottolineare come l'esercizio dei poteri di controllo da parte dell'istituzione debba seguire canoni di stretta residualità e condurre ad un rifiuto della nomina solo qualora sia ragionevole prevedere che l'attribuzione di funzioni di arbitro ad un particolare soggetto renderebbe impossibile l'efficace svolgimento dell'arbitrato secondo quanto previsto dal regolamento²⁸⁷.

²⁸⁷ Peraltro, l'introduzione di un meccanismo di conferma all'interno del regolamento di arbitrato non sembra essere di per sé una circostanza sufficiente ad alterare la valutazione degli operatori in ordine alla qualità dei servizi offerti dall'ente di amministrazione: si consideri, in proposito, che una simile previsione è contenuta nei regolamenti di istituzioni (ICC e CIETAC) che, in base alle rilevazioni statistiche, si collocano agli opposti estremi in termini di gradimento (v. *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, 3, 21, 24, disponibile su <<http://www.arbitrationonline.org>>). Gli eventuali profili problematici sono, piuttosto, legati all'uso che l'istituzione faccia del proprio potere di conferma: al fine di preservare la posizione di equidistanza dell'istituzione dagli interessi in conflitto, esso deve essere mirato alla prevenzione della ricusazione e dunque alla salvaguardia della stabilità del procedimento e, in prospettiva, del lodo.

Capitolo 3

PROCEDURE E REGOLAMENTI ALTERNATIVI

Sommario: 3.1 Considerazioni introduttive: rimedi “parziali” e rimedi “imparziali” - 3.2 Le procedure semplificate - 3.3 L’arbitrato fast-track o a corsia preferenziale

3.1 Considerazioni introduttive: rimedi “parziali” e rimedi “imparziali”

L’arbitrato amministrato non risponde necessariamente ad un unico modello processuale: in alcuni casi i regolamenti prevedono l’esistenza di procedimenti speciali, che si affiancano al “rito ordinario”, analogamente a quanto accade nella generalità degli ordinamenti processualciviltistici statali²⁸⁸. Tali riti speciali possono essere classificati in quattro categorie principali:

(a) *Procedure di arbitrato d’urgenza*

Quando c’è necessità di tutela urgente ma il collegio arbitrale non è ancora costituito, le istituzioni arbitrali possono nominare un “arbitro di urgenza”, che non prenderà parte nella successiva prosecuzione dell’arbitrato, al fine di emettere un’ordinanza provvisoria in materia cautelare. Esempi di questo tipo possono essere trovati nel regolamento ICC²⁸⁹, nel regolamento AAA ICDR di arbitrato internazionale²⁹⁰ così come nei regolamenti SCC²⁹¹, SIAC²⁹² e NAI²⁹³.

²⁸⁸ Il fenomeno è notato già da SZÁSZ, *The value of a network of arbitration institutions*, in SANDERS (a cura di), *ICCA Congress Series no. 1 – New trends in the development of International Commercial Arbitration and the role of arbitral and other institutions*, L’Aia, 1983, 26, 28.

²⁸⁹ Appendice V.

²⁹⁰ Regolamento di arbitrato internazionale AAA ICDR, art. 37.

(b) *Formazione accelerata del tribunale arbitrale*

In casi di urgenza, le parti possono richiedere all'istituzione arbitrale che si proceda alla formazione accelerata del tribunale; in tali circostanze, l'istituzione ha il potere di ridurre ogni limite di tempo per la formazione del tribunale. Esempi possono essere trovati nelle regole di arbitrato LCIA²⁹⁴ e DIAC²⁹⁵.

(c) *Procedure semplificate*

Come già illustrato²⁹⁶, alcuni regolamenti prevedono una procedura speciale, che semplifica vari aspetti processuali (nomina di un arbitro unico, limitazione del numero di memorie e di udienze, termini più ristretti per la pubblicazione del lodo), al fine di evitare i ritardi dei sistemi di arbitrato tradizionali. Tra le istituzioni che hanno sviluppato questo tipo di regole vi sono SCC²⁹⁷, SIAC²⁹⁸, WIPO²⁹⁹ e, nell'esperienza italiana, la Camera arbitrale di Venezia³⁰⁰.

(d) *Fast-track*

²⁹¹ Regolamento SCC, appendice II; sul punto v. SHAUGHNESSY, *Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules*, in *J. Int. Arb.*, 2010, 337.

²⁹² Regolamento SIAC, schedule 1.

²⁹³ Regolamento NAI, artt. 42a-42o. Sul punto v. anche KING – VAN LEEUWEN, *Summary Arbitral Proceedings: A Powerful New Mechanism in NAI Arbitration*, in *Mealey's LAR*, 2000, 15(3), 59.

²⁹⁴ Regolamento di arbitrato LCIA, art. 9.

²⁹⁵ Regolamento di arbitrato DIAC, art. 12.

²⁹⁶ V. *supra*, Parte II Cap. 3.

²⁹⁷ SCC Expedited Rules.

²⁹⁸ Regolamento SIAC, art. 5.

²⁹⁹ WIPO Expedited Arbitration Rules.

³⁰⁰ Regolamento della Camera arbitrale di Venezia, art. 37.

Questo tipo di arbitrato non si basa necessariamente su un sistema di regole diverso da quello che governa ogni altro arbitrato; la procedura, tuttavia, è condotta in modo accelerato, in una sorta di corsia preferenziale, al fine di soddisfare le necessità di urgenza delle parti³⁰¹.

La *ratio* delle procedure in commento non è sempre la medesima. L'arbitrato d'urgenza e la formazione accelerata del tribunale mirano specificamente a garantire un'efficace tutela cautelare: si tratta perciò di rimedi "parziali", perché si concludono con una decisione su una questione urgente su stimolo di una delle parti, ma non rendono necessariamente più veloce la procedura di arbitrato nel suo complesso. Le procedure semplificate e l'arbitrato a corsia preferenziale, invece, sono studiati per raggiungere una decisione finale senza ritardo; perciò, essi non sono pensati specificamente per assicurare una tutela cautelare tempestiva a una delle parti in lite, ma per garantire un processo più veloce per ciascuna delle parti. Da questo punto di vista, si tratta di rimedi "imparziali", poiché proteggono un interesse (l'efficienza della procedura) che ciascuna parte ha (o dovrebbe teoricamente avere) nella stessa misura³⁰².

I procedimenti speciali "parziali" saranno oggetto di analisi dettagliata nel capitolo dedicato alla tutela cautelare³⁰³; tale sede fornirà l'occasione per approfondire il nuovo strumento dell'*emergency arbitrator* approntato dal

³⁰¹ Il caso riguardante il campionato di formula uno (caso ICC n. 10211) è il più noto esempio di arbitrato a corsia preferenziale; si veda anche sulla vicenda *Panhandle* (casi n. 7358 e 7402) le decisioni rese dalla Camera di commercio internazionale, in *XVIII Yearbook Commercial Arbitration*, 1993, 68.

³⁰² Peraltro, in dottrina si rileva correttamente come le due categorie vivano in un rapporto osmotico, in quanto la celere risoluzione della controversia potrebbe in alcuni casi rendere superflua la preventiva concessione di una misura cautelare: KAPLAN, *Interim Measures – A Practical Experience*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 13 - International Arbitration 2006: Back to Basics?*, L'Aia, 2007, 768, 775.

³⁰³ *Infra*, Parte II Cap. 6.

regolamento della Camera di commercio internazionale, in vigore dal 1 gennaio 2012. In questa sede, invece, si esamineranno i procedimenti speciali “imparziali”: le procedure semplificate e l’arbitrato a corsia preferenziale³⁰⁴.

3.2 Le procedure semplificate

La diffusione della giustizia arbitrale si è accompagnata, in tutti gli ordinamenti, ad una progressiva procedimentalizzazione del fenomeno³⁰⁵: l’introduzione di garanzie processuali, costituzionalmente necessitate e modellate sull’esempio della giurisdizione statale, ha progressivamente eroso i caratteri di libertà della giustizia privata e reso meno celere lo svolgimento dell’arbitrato. Conseguentemente, numerose istituzioni arbitrali prevedono, a fianco del procedimento ordinario, una procedura semplificata, finalizzata a raggiungere la risoluzione della controversia in tempi rapidi. Come sopra accennato, al fine di contrarre la durata del procedimento tali regolamenti fanno leva su una serie di elementi: si pensi alla nomina di un arbitro unico rimessa all’istituzione anziché la previsione di una clausola binaria³⁰⁶, alla

³⁰⁴ Oltre ai procedimenti menzionati, è necessario dare conto dei tentativi di contemperare arbitrato e mediazione, inserendo nell’*iter* procedimentale un periodo di sospensione obbligatoria, nel quale le parti sono incentivate a cercare una soluzione negoziale della controversia. Tale meccanismo, tuttavia, non costituisce un vero e proprio procedimento speciale, ma una semplice fase dell’ordinario giudizio privato; il rischio di tale soluzione risiede, ovviamente, nell’ingiustificata estensione della durata dell’arbitrato. Sul punto v. GREENWOOD, *A Window of Opportunity? Buliding a Short Period of Time into Arbitral Rules in Order for Parties to Explore Settlement*, in *Arb. Int.*, 2011, 199 nonché, sulla commistione tra arbitrato e conciliazione, BERGER, *Integration of Mediation Elements into Arbitration – ‘Hybrid’ Procedures and ‘Intuitive’ Mediation by International Arbitrators*, in *Arb. Int.*, 2003, 387.

³⁰⁵ LEW, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2006, 179, 183.

³⁰⁶ Sul possibile ritardo della procedura arbitrale conseguente alla previsione di una clausola binaria v. in particolare SZÁSZ, *Arbitration Rules and Practices of Institutions*, intervento nella discussione *Conduct by a Party to Disrupt Establishing the Tribunal and Starting the Arbitral Proceedings*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 5 – I. Preventing delay and disruption of arbitration – II. Effective proceedings in construction cases*, Boston, 1990, 86, 87: “the number of arbitrators (...) might (...) be a

riduzione del numero delle difese scritte, alla limitazione o addirittura all'assenza della trattazione orale della causa ed alla fissazione di un termine relativamente breve per l'emanazione del lodo.

Il meccanismo in questione presenta due profili critici: anzitutto, se la progressiva dilatazione dei tempi della giustizia arbitrale è da ricondursi all'introduzione delle necessarie garanzie processuali, è difficile sostenere che una procedura semplificata possa mantenere intatti tali presidi ed accorciare effettivamente, al tempo stesso, la durata del procedimento. Da questo punto di vista, i regolamenti che disciplinino una procedura semplificata sono chiamati ad effettuare un delicato bilanciamento: se da un lato la previsione di un termine breve per la pronuncia del lodo o la nomina di un arbitro unico rientrano nella usuale area di disponibilità dei litiganti, dal lato opposto la limitazione eccessiva delle attività difensive potrebbe condurre ad una violazione del contraddittorio e del diritto di difesa³⁰⁷, con conseguente nullità del lodo ed impossibilità di ottenere tutela esecutiva o far riconoscere la pronuncia ai sensi della Convenzione di New York.

In secondo luogo, le procedure semplificate costituiscono una mera espressione della libertà delle parti di stabilire le norme processuali applicabili³⁰⁸; pertanto, il risultato perseguito dai procedimenti in questione è

source of dispute and delay. However, if the parties did not agree on the number of arbitrators, most rules themselves decide, in case of doubt, on the number of arbitrators, and the number so specified is most often three arbitrators. From the point of view of the rapidity of procedure and a desire to exclude possible sources of delay and disruption, it might be more advisable to have only one arbitrator. The appointment procedure is easier, the whole procedure needs less coordination, the arbitrator might act and decide more quickly etc.”.

³⁰⁷ Sviluppa critiche analoghe SCHWARTZ, *Reconciling Speed with Justice in International Arbitration*, in DAVIS (a cura di) *Improving International Arbitration: The Need for Speed, Liber Amicorum to Michel Gaudet*, Parigi, 1998, 44.

³⁰⁸ Il principio, sancito nel nostro ordinamento dall'art. 816 *bis* comma 1, è riconosciuto nella generalità degli ordinamenti nazionali: v. BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2009, 2^a ed., 1310 ss.

sicuramente raggiungibile anche nel silenzio dell'istituzione arbitrale, sulla base dell'accordo dei paciscenti. In particolare, ove il regolamento imponga agli arbitri la redazione di un atto di missione³⁰⁹, le parti potrebbero in tal sede rinunciare alla celebrazione di udienze in ragione della natura documentale della controversia, limitare la portata delle attività difensive e richiedere ai soggetti giudicanti l'approvazione di un calendario del procedimento efficiente, così da raggiungere una decisione nel merito in tempi brevi.

Nonostante i rilievi svolti, tuttavia, non sembra che la scelta di inserire nel regolamento di arbitrato una procedura semplificata sia del tutto inutile. Infatti, per quanto il medesimo risultato sia raggiungibile anche in assenza del riferimento ad una particolare procedura contenuto nel patto compromissorio, indubbiamente le parti saranno più propense ad esprimere una volontà in tal senso prima dell'insorgere della controversia, quando ancora la valutazione negoziale non risulta inquinata da scelte di convenienza o, peggio ancora, da intenti dilatori. Inoltre, l'adozione di regole processuali tese a limitare drasticamente la durata dell'arbitrato non comporta automaticamente una violazione delle garanzie processuali; per quanto un simile rischio indubbiamente sussista, l'arbitro esperto sarà in grado di conciliare le esigenze di celerità con un'attuazione piena del contraddittorio, tale da porre la pronuncia al riparo da successive doglianze³¹⁰.

³⁰⁹ V. *infra*, Parte II Cap. 7.

³¹⁰ MORTON, *Can a World Exist Where Expedited Arbitration Becomes the Default Procedure?*, in *Arb. Int.*, 2010, 103 ss. arriva ad ipotizzare un'adozione delle procedure semplificate quali modelli processuali ordinari, da adottarsi nella generalità delle ipotesi di arbitrato. In senso simile ipotizza una drastica riduzione dei formalismi introdotti sulla base di considerazioni di natura processuale RIVKIN, *Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited*, in *Arb. Int.*, 2008, 375. In proposito, tuttavia, appaiono particolarmente convincenti le considerazioni di ULMER, *The Cost Conundrum*, in *Arb. Int.*, 2010, 221, secondo cui la soluzione al problema della crescente durata degli arbitrati può nascere da una collaborazione costante tra gli operatori, più che dall'imposizione regolamentare operata dalle istituzioni che amministrano i procedimenti. In tal senso si esprime anche NAJAR, *Inside Out: A User's Perspective on Challenges in International Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2009, 515.

3.3 L'arbitrato fast-track o a corsia preferenziale

Nel caso dell'arbitrato a corsia preferenziale, le parti non fanno riferimento ad un regolamento che prevede un procedimento accelerato, ma manifestano entrambe, in seguito all'insorgere della controversia, la necessità di giungere ad una risoluzione della stessa in tempi estremamente ridotti³¹¹. Naturalmente, la volontà concorde delle parti non è sempre sufficiente a consentire la conclusione di un arbitrato nell'arco di poche settimane: a tal fine è indispensabile che la controversia verta su una materia che, per le proprie caratteristiche intrinseche (ad esempio la presenza di dati documentali e la possibilità di accertare i fatti senza l'acquisizione di prove costituenti), consenta la coartazione dei tempi procedurali³¹².

I medesimi problemi di violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa descritti sopra possono, *a fortiori*, verificarsi in assenza di uno schema processuale predefinito. Si consideri, in proposito, l'ipotesi della parte che abbia richiesto agli arbitri una particolare celerità nell'emanazione del lodo ma che poi, una volta risultata soccombente, tenti di sottrarsi

³¹¹ MÜLLER, *Fast-Track Arbitration: Meeting the Demands of the Next Millennium*, in *J. Int. Arb.*, 1998, 15(3), 5; ROVINE, *International Fast-Track Arbitration – Part I: An Overview*, in *World Arbitration and Mediation Review*, 1994, 5, 165; DAVIS, *Fast-Track Arbitration and Fast-Tracking Your Arbitration*, in *Int. Arb.*, 1992, 9(4), 14. Sul punto v. anche il numero speciale del *Journal of International Arbitration*, 1993, 10(4), con contributi di DAVIS, LAGACÉ, VOLKOVITSC, SILVERMAN, SMID, TSCHANZ e MUSTILL. Valorizza la volontà comune delle parti nel senso della celerità del procedimento al fine di giustificare parziali compressioni del contraddittorio BEERBOWER, *International Arbitration: Can We Realise the Potential?*, in *Arb. Int.*, 2011, 75, 87.

³¹² LEW - MISTELIS - KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, 550 fanno riferimento alla determinazione del prezzo, alla valutazione della qualità di merci ed alle controversie in materia sportiva, con riferimento a PAULSSON, *Arbitration of International Sport Disputes*, in *Arb. Int.*, 1993, 9, 359, 360 e ROCHAT, *Tribunal arbitral du sport: quelle procédure pour quel litige?*, in *Arbitration of Sports-Related Disputes: A Collection of Reports and Materials, ASA Special Series*, 11, 1998.

all'esecuzione del provvedimento eccettuando la violazione delle garanzie processuali, o addirittura la non conformità della procedura adottata alla volontà compromissoria³¹³. In assenza di un paradigma regolamentare di riferimento, la responsabilità di coniugare la celerità con il rispetto dei canoni del giusto processo riposa interamente sugli arbitri³¹⁴; per tale motivo, l'arbitrato a corsia preferenziale sembra destinato ad operare in un ristretto novero di circostanze, nel quale le funzioni di *jus dicere* siano affidate a soggetti dotati di particolare esperienza e sensibilità processuale³¹⁵.

³¹³ LAMM - HELLBECK - DALY - DROSSOS, *Users' Perspectives on Challenges Facing the Institutions in a Changing World*, in *ICSID Rev.*, 2009, 23, 25 ss.: "fast-track procedures may rise significant due process issues. For example, claimants in such a procedure have unlimited time to prepare their case before they commence the arbitration, so the fast-track temporal limitations would effectively apply only to the respondent. Such a system not only creates disincentives for respondents, it could also result in fundamental procedural inequities. This leads to an increase risk that an award resulting from a fast-track proceeding may be challenged and possibly annulled, or that its enforcement may be denied, on several potential grounds. A losing respondent could argue under either the UNCITRAL Model Law or the New York Convention that it was denied its ability to present the case. Likewise, the respondent may be able to argue that the procedure was not in accordance with the parties' agreement. Or the respondent could argue that such an award conflicts with the public policy of the forum State. The increase risk of annulment or enforcement issues may render uncertain any cost savings resulting from fast-track procedures".

³¹⁴ ROVINE, *Fast-Track Arbitration: A Step Away from Judicialization of International Arbitration*, in LILLICH - BROWER (a cura di), *International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?*, Irvington, 1994, 45, 55.

³¹⁵ La delicatezza di tale soluzione è evidente: all'arbitro sarebbero affidate decisioni, sul piano processuale, caratterizzate da un grado di rischio analogo a quello insito, sul piano sostanziale, nella disapplicazione del diritto di rango inferiore per contrarietà ad una norma sovraordinata. Postula la sussistenza di un simile potere in capo agli arbitri PAULSSON, *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals*, in *ICSID Rev.*, 2008, 215. In senso critico sul punto, sottolinea il pericolo del riconoscimento agli arbitri di un grado di discrezionalità eccessivo MAYER, *L'arbitre International et la hiérarchie des normes*, in *Rev. Arb.*, 2011, 361. La discussione tra i due Autori, per quanto attinente ad un diverso problema, evidenzia le possibilità ed i rischi insiti nell'estensione dei poteri dell'arbitro; per le medesime ragioni, non sembra che l'attribuzione di analoghe prerogative processuali possa essere acriticamente estesa a qualsiasi tribunale arbitrale.

Capitolo 4

RICUSAZIONE E SOSTITUZIONE

Sommario: 4.1 Considerazioni introduttive – 4.2 I motivi di ricusazione nell'arbitrato amministrato – 4.3 I procedimenti di ricusazione amministrata – 4.4 I rapporti tra ricusazione amministrata e ricusazione giudiziale – 4.5 Il problema della ricusazione incidentale – 4.6 La sostituzione

4.1 Considerazioni introduttive

Nel campo della giustizia privata, il problema dell'imparzialità dell'organo giudicante è avvertito con particolare intensità, in quanto l'arbitro non è un giudice naturale istituzionalmente investito di funzioni giurisdizionali³¹⁶. Avendo l'arbitrato un fondamento consensuale e privatistico, la decisione di una delle parti di far valere circostanze idonee a dimostrare l'assenza di indipendenza o imparzialità risulta estremamente delicata³¹⁷: in passato, non sono mancate esperienze di arbitrato amministrato nelle quali l'istituto della ricusazione è stato utilizzato strumentalmente allo

³¹⁶ Sul "fisiologico sospetto" di parzialità dell'arbitro v. SCHLOSSER, *L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre en droit allemand*, in *Riv. Arb.*, 2005, 2: «Le juge professionnel et salarié par une mensualité fixe est par sa position même indépendant. (...) Les arbitres par contre, sont des juges occasionnels payés pour chacun des arbitrages dont ils sont chargés. Très souvent ils sont des avocats, essentiellement mandatés à assumer les intérêts des leur clientèle et ainsi très souvent part d'un réseau d'intérêts pleinement en conflit avec la fonction d'un juge neutre et impartial. Quant aux personnes prises en considération pour la fonction de l'arbitre, il faut donc en effet très souvent redouter leur dépendance des «intérêts en conflit»»; CONSOLO, *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, 18; DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 144 ss.

³¹⁷ Tali profili sono stati analizzati con specifico riferimento all'esperienza statunitense da ANDREEVA, *How Challenging is the Challenge, or Can U.S. Courts Remove Arbitrators Before an Arbitration Has Come to an End?*, in *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2008, 1, 127; sul rapporto tra imparzialità dell'arbitro e giusto processo v. anche CALVO, *The Challenge of ICC Arbitrators*, in *J Int'l Arb.*, 1998, 15(4), 63, 65.

scopo di “minare” l’autorità dell’organo giudicante³¹⁸ e, in ultima analisi, delle decisioni di questo³¹⁹.

Nelle esperienze di arbitrato *ad hoc*, la ricusazione è possibile esclusivamente innanzi all’autorità giudiziaria statale: nell’ordinamento italiano, tale possibilità è prevista all’art. 815 c.p.c. Nell’arbitrato amministrato, una caratteristica comune a pressoché tutti i regolamenti, tanto italiani quanto internazionali, è la previsione di una procedura di ricusazione interna, proposta innanzi all’istituzione che amministra il processo anziché innanzi ad un giudice dello Stato³²⁰. La natura e l’oggetto di tale procedura non risultano immediatamente individuabili, data la scarsità di dati empirici a cui attingere: in tal senso, giocano un ruolo decisivo tanto la confidenzialità

³¹⁸ BROWER – BRUESCHKE, *The Iran-United States Claims Tribunal*, L’Aia, 1998, 22 ss.; ALDRICH, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, 1996, 9-20, 38, 39.

³¹⁹ HENRY, *Les obligations d’indépendance et d’information de l’arbitre à la lumière de la jurisprudence récente*, in *Rev. Arb.*, 1999, 193; VAN DEN BERG, *Report on the Challenge Procedure*, in *The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators*, Parigi, 1991, 87 ss.: “challenge of an arbitrator can be a powerful delaying tactic. A challenge may also be thought to have a psychological effect on the challenged arbitrator. Even if the challenge is rejected, some parties think that the challenge has the effect that the challenged arbitrator will be more impartial and independent towards them than towards the other party”; BÖCKSTIEGEL, *Practice of Various Arbitral Tribunals*, intervento nella discussione *Conduct by a Party to Disrupt Establishing the Tribunal and Starting the Arbitral Proceedings*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 5 – I. Preventing delay and disruption of arbitration – II. Effective proceedings in construction cases*, Boston, 1990, 132: “the challenge procedure can (...) be abused by a party in order to delay the procedure, if it expects to have advantages from a delay such as a larger use of funds, equipment or contractual possibilities which it fears to lose –rightly or wrongly – by a decision of the arbitrators. And the challenge procedure may also be abused in order to disrupt the entire arbitration, if the rules and the circumstances do not permit a conclusion of the arbitration with a new arbitrator and if the party – again: rightly or wrongly – fears that the conclusion of the arbitration with the challenged arbitrator would not be in its favour”.

³²⁰ *Contra* KASSIS, *Réflexions sur le règlement d’arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale : les déviations de l’arbitrage institutionnel*, Parigi, 1988, 197 esprime la singolare tesi secondo cui la decisione in materia di ricusazione spetterebbe esclusivamente al giudice dello Stato; sul punto in senso fortemente critico v. PAULSSON, *Vicarious Hypochondria and Institutional Arbitration*, in *Arb Int.*, 1990, 3, 237.

delle istituzioni arbitrali, che suggerisce nella maggioranza dei casi l'opportunità di evitare la divulgazione di informazioni sui procedimenti di ricusazione pendenti e conclusi, quanto la prassi comunemente diffusa di non fornire motivazioni in sede di decisione sulle istanze di ricusazione³²¹.

In proposito, occorre anzitutto analizzare quali siano i motivi per i quali le parti possono proporre istanza di ricusazione e se tali motivi siano diversi nel procedimento amministrato ed in quello giudiziale. In secondo luogo, si analizzerà il procedimento di ricusazione amministrata, delineandone le caratteristiche dinamiche nelle principali esperienze odierne. Descritti i caratteri fondamentali dell'istituto, si procederà a chiarire quali siano i rapporti tra ricusazione amministrata e ricusazione giudiziale ed in particolare se, nell'ordinamento italiano, le due procedure coesistano o se la ricusazione amministrata sostituisca e precluda la ricusazione giudiziale. A tal fine sarà necessario sondare la natura del procedimento, al fine di chiarire se esso abbia indole di giurisdizione contenziosa o volontaria. Infine, si affronterà la figura della ricusazione incidentale, prevista in molti regolamenti di arbitrato amministrato e particolarmente significativa nell'esperienza italiana, e si analizzerà la portata dell'intervento dell'istituzione arbitrale in sede di eventuale sostituzione dell'arbitro.

³²¹ Secondo WALSH – TEITELBAUM, *The LCIA Court Decisions on Challenge to Arbitrators: An Introduction*, in *Arb. Int'l*, 2011, 3, 283, le uniche istituzioni a fornire una motivazione articolata sono ICSID, LCIA e Tribunale arbitrale Stati Uniti – Iran. Camera di Commercio Internazionale, ICDR ed SCC prevedono la semplice comunicazione della decisione, senza che le motivazioni siano rivelate. Sul punto mantengono rilevanza centrale i rilievi svolti da TUPMAN, *Challenge and disqualification of arbitrators in International commercial arbitration*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, 38, 49: “(o)n the one hand, an arbitral institution has a legitimate interest in preserving the confidentiality of its internal administration, and in ensuring that challenges are disposed of expeditiously so as not to delay an award on the merits. On the other hand, a party which challenges in good faith might lose confidence in the arbitral process if there is no explanation whatsoever why its arguments were not persuasive. Perhaps there could be a middle way for some reasons to be communicated, though not a detailed written decision with findings of fact and law”.

4.2 I motivi di riconsazione nell'arbitrato amministrato

I motivi di riconsazione degli arbitri previsti dal comma 1 dell'art. 815 c.p.c. attengono a tre ambiti fondamentali: l'assenza di determinate caratteristiche (n. 1), il particolare rapporto con una delle parti in causa (nn. 3, 4 e 5) o una specifica predisposizione rispetto alla controversia (nn. 2 e 6). L'art. 832 c.p.c. prevede, al quinto comma, la possibilità di estendere (ma non ridurre) tale novero, introducendo nel regolamento di arbitrato amministrato ulteriori ipotesi di riconsazione³²². Occorre, dunque, interrogarsi in ordine all'opportunità di tale opzione legislativa.

I motivi di riconsazione previsti all'art. 815 c.p.c. hanno tutti natura "statica", essi, in altri termini, si riferiscono ad una circostanza che preesiste al procedimento arbitrale e, pur trovandosi in un qualche rapporto con lo stesso, ne è estranea³²³. Tale elenco non esaurisce affatto lo spettro di possibili circostanze che possono far avanzare un dubbio in ordine all'indipendenza ed imparzialità degli arbitri. In particolare, nell'esperienza internazionale è possibile rinvenire numerosi casi di riconsazione dettata da motivi di natura "dinamica", ossia intrinseci al procedimento arbitrale stesso: gli arbitri, in simili ipotesi, sono riconsati per un comportamento tenuto nel corso del processo. Da questo punto di vista, l'esperienza della London Court of International Arbitration assume importanza centrale: la prassi dell'istituzione di rendere decisioni motivate offre una prospettiva di studio privilegiata per

³²² CAPONI, *Commento all'art. 832 c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1426; LUISO, *L'art. 832 c.p.c.*, in *www.judicium.it*, § 5; CORSINI, *L'arbitrato amministrato secondo regolamenti precostituiti*, in *Riv. Arb.*, 2007, 279.

³²³ La questione della preesistenza della circostanza non deve essere confusa con quella del momento in cui la parte che propone l'istanza di riconsazione viene a conoscenza della stessa, ciò che legittima una riconsazione anche a seguito dello spirare del termine di dieci giorni dalla notificazione della nomina ex art. 815 comma 3 c.p.c.

chi desideri passare in rassegna i motivi di ricusazione amministrata. Nella giurisprudenza di tale Corte, è possibile individuare varie categorie, all'interno della famiglia dei motivi di impugnazione "dinamici":

(a) Anticipazione del giudizio

Si tratta di ipotesi nelle quali l'arbitro esprime indebitamente in modo anticipato un proprio convincimento sul merito della controversia; il discrimine temporale deve, in questa sede, identificarsi con il completamento dell'attività istruttoria sul punto. In tali casi, il comportamento degli arbitri rivela una prematura formazione del convincimento e, dunque, un contegno incongruente rispetto al canone di apertura mentale proprio dell'autorità giudicante imparziale³²⁴.

(b) Comunicazioni unilaterali con una delle parti

In questa fattispecie, l'arbitro viene meno al proprio dovere di evitare contatti unilaterali con una delle parti; ciò è, con tutta evidenza, un corollario del principio del contraddittorio e della parità delle armi³²⁵.

(c) Espressione di commenti inappropriati

In questo caso, l'arbitro esprime un concetto che, anziché anticipare i contenuti del giudizio di merito come nel caso esposto *sub (a)*, risulta irriguardoso nei confronti di una delle parti. Ovviamente, non ogni tipo di commento o affermazione nei confronti delle parti o dei rappresentanti delle stesse giustifica un'istanza di ricusazione: la formazione di un'opinione

³²⁴ LCIA Reference No. 81007/81008/81024/81025, 16 giugno 2008, in *Arb. Int'l*, 2011, 3, 425; LCIA Reference No. UN7949, 3 dicembre 2007, in *Arb. Int'l*, 2011, 3, 420; LCIA Reference No. 3488, 11 luglio 2007, in *Arb. Int'l*, 2011, 3, 413.

³²⁵ LCIA Reference No. UN3490, 21 ottobre e 27 dicembre 2005, in *Arb. Int'l*, 2011, 3, 377; LCIA Reference No. 0252, 1 luglio 2002, in *Arb. Int'l*, 2011, 3, 351; LCIA Reference No. 0256, 13 febbraio 2002, in *Arb. Int'l*, 2011, 3, 345.

sull'integrità delle parti e sulle caratteristiche professionali dei difensori delle stesse è, in una certa misura, inevitabile e fisiologica³²⁶.

(d) *Violazione dei doveri di confidenzialità*

La confidenzialità è uno degli aspetti fondamentali del procedimento arbitrale; tuttavia, la violazione dei relativi doveri da parte degli arbitri non si traduce necessariamente in un'assenza di imparzialità ed indipendenza³²⁷. Tali comportamenti possono, naturalmente, essere rilevanti per altro verso in sede di responsabilità civile, ove la divulgazione di informazioni riservate abbia cagionato ad una delle parti un apprezzabile danno.

È interessante notare come i profili dinamici sopra elencati corrispondano, in molti casi, ad ipotesi statiche previste nel novero dell'art. 815 c.p.c.: la casistica emergente nella pratica internazionale testimonia, in questo senso, un tentativo di allargare l'area della ricusabilità ad ipotesi nelle quali, pur in assenza di indici preesistenti, la "patologia" costituita dall'assenza di indipendenza ed imparzialità si sia manifestata *in medias res*. Tale area "dinamica" è del tutto priva di copertura nell'arbitrato *ad hoc*³²⁸; i regolamenti di arbitrato amministrato, in tal senso, possono utilizzare la

³²⁶ LCIA Reference No. 5665, 30 agosto 2006, in *Arb. Int'l*, 2011, 3, 395, sul punto richiama la motivazione di *Flamentos Maritimos SA v. Effjohn International BV (No. 2)*, 2 Lloyd's Rep. 302, 310 (1997): "(i)t is inevitable that Judges and Arbitrators will form opinions as to the professional skills and integrity of those who appear before them; they are bound to find some advocates easier to listen to, and likely, therefore, to be more persuasive, than others. But the existence of such views whether held privately or, as in this case made known to others, cannot, without more, be sufficient to constitute bias against that advocate's client". Questioni simili emergono in LCIA Reference No. UN3490, 21 ottobre e 27 dicembre 2005, in *Arb. Int'l*, 2011, 3, 377, e LCIA Reference No. 1303, 22 novembre 2001, in *Arb. Int'l*, 2011, 3, 342.

³²⁷ LCIA Reference No. 5665, 30 agosto 2006, *cit.*

³²⁸ Un'eccezione è costituita dalla possibilità di rimuovere l'arbitro qualora questi ometta o ritardi un atto relativo alle sue funzioni *ex art. 813 bis*; tale problema è spesso risolto, nella pratica internazionale, mediante lo strumento della ricusazione. Sul punto v. LEW – MISTELIS – KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, 301.

previsione dell'art. 832 comma 5 per rafforzare i doveri di autonomia ed imparzialità degli arbitri.

I comportamenti tenuti dagli arbitri che, nella prassi internazionale, sono stati posti a base di istanze di ricusazione, non necessariamente si traducono in un'effettiva carenza di imparzialità ed indipendenza. Essi, al contrario, possono essere dettati da una semplice assenza di confidenza con la natura ed i meccanismi del procedimento arbitrale, ciò che appare verosimile quando le funzioni di arbitro siano affidate ad un soggetto privo di preparazione giuridica. Tuttavia, tali indici testimoniano una situazione di apparente assenza di imparzialità ed indipendenza: l'inclusione di indici "dinamici" tra i motivi di ricusazione, quindi, riflette l'orientamento secondo cui tra i doveri dell'arbitro c'è non solo quello di essere indipendente ed imparziale, ma anche di apparire tale³²⁹. Per tale ragione, lo spettro dei possibili indici "dinamici" può difficilmente essere ricondotto ad un elenco tassativo di motivi: i maggiori regolamenti internazionali adottano, in questo senso, clausole aperte, suscettibili di essere applicate in una pluralità indeterminata di casi³³⁰.

L'art. 18 del regolamento-tipo per l'arbitrato amministrato delle Camere di commercio³³¹ adotta la soluzione estensiva in maniera radicale: ai casi previsti dall'art. 815 c.p.c. si aggiunge "ogni altro motivo idoneo a porre in dubbio" l'indipendenza o imparzialità degli arbitri. Tale norma rende di fatto irrilevante il riferimento codicistico ed rimette interamente all'organo

³²⁹ KOCH, *Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators*, in *J. Int. Arb.*, 2003, 325; VAN DEN BERG, *Report on the Challenge Procedure*, *cit.*, 87.

³³⁰ Regolamento d'arbitrato ICC, artt. 11 e 14; Regolamento d'arbitrato LCIA, art. 10.3; Regolamento d'arbitrato SCC, art. 15(1).

³³¹ Sull'aggiornamento del 2006 di tale regolamento v. LUISO, *Il nuovo regolamento-tipo per l'arbitrato amministrato delle Camere di commercio*, in *Riv. Arb.*, 2007, 15.

decidente³³² la decisione in ordine alla rilevanza del motivo di ricusazione proposto.

4.3 I procedimenti di ricusazione amministrata

Tratto distintivo di tutti i regolamenti di arbitrato amministrato è la previsione di un termine perentorio entro cui le parti devono far pervenire all'istituzione arbitrale l'istanza di ricusazione. Tale previsione ha, con tutta evidenza, lo scopo di evitare un uso strumentale e meramente dilatorio della ricusazione, la quale, in assenza di simili previsioni, potrebbe trasformarsi in una sorta di “asso nella manica”, da utilizzare in qualunque stadio del procedimento arbitrale al fine di inibire la prosecuzione dello stesso. La previsione di un termine perentorio, dunque, risponde ad una fondamentale esigenza di certezza e stabilità: spirato il termine, imparzialità ed indipendenza degli arbitri non potranno più essere oggetto di contestazione, salvo il caso in cui tali profili si traducano in un vizio del lodo.

La considerazione svolta sopra pone in luce l'interessante rapporto tra ricusazione degli arbitri ed impugnazione del lodo: i vizi soggettivi, ove non fatti tempestivamente valere con la ricusazione, possono essere fatti valere in sede di impugnazione del lodo solo ove essi si traducano in una patologia oggettiva, rilevante ai sensi della legge della sede dell'arbitrato³³³.

Il termine perentorio per la presentazione dell'istanza di ricusazione decorre, solitamente, dalla ricezione della dichiarazione di indipendenza ed imparzialità, nella quale gli arbitri dovrebbero, come già illustrato, porre le

³³² Nel caso in esame il Consiglio Arbitrale.

³³³ Sul punto sia consentito un rinvio a *Ricusazione dell'arbitro irrituale tra garanzie processuali e buona fede contrattuale*, in *Riv. Arb.*, 2011, 481; v. anche Cass. 23 aprile 2005, n. 8569, in *Giust. Civ.*, 2006, 423; PRENDINI, *Questioni in tema di ricusazione nell'arbitrato amministrato*, in *Corr. giur.*, 2005, 842 ss., in nota a Camera arbitrale di Lucca, 11 ottobre 2004, A. e G. S.p.A. c. Comune di Lucca.

parti a conoscenza di ogni circostanza rilevante riguardante la loro posizione personale (*disclosure*)³³⁴. Tale dichiarazione, dunque, ha un significato principalmente procedimentale: essa segna il *dies a quo* per la presentazione dell'istanza di ricusazione ed assicura, decorso il relativo termine, un adeguato grado di stabilità del collegio arbitrale. Qualora il motivo di ricusazione sia sconosciuto al momento della *disclosure*, il termine decorre dall'avvenuta conoscenza del motivo di ricusazione: ciò, in linea teorica, rende possibile la presentazione di un'istanza di ricusazione anche in una fase avanzata del procedimento, specie per motivi di natura "dinamica" attinenti al comportamento dell'arbitro all'interno del processo stesso. Peraltro, i precedenti sopra richiamati³³⁵ testimoniano un orientamento piuttosto restrittivo, che tende a rigettare le istanze di ricusazione quando l'arbitrato sia prossimo alla conclusione³³⁶.

La maggior parte dei regolamenti di arbitrato amministrato, tanto nell'esperienza italiana quanto in quella internazionale, prevedono che, a seguito della proposizione di un'istanza di ricusazione e della relativa comunicazione, alle altre parti ed agli arbitri sia assegnato un termine per proporre osservazioni³³⁷. Ciò, ovviamente, non implica necessariamente

³³⁴ V. *supra*, Cap. 2.

³³⁵ V. *supra*, § 4.2.

³³⁶ Come sopra illustrato, ciò non compromette definitivamente le ragioni della parte che ritiene sussistente un motivo di ricusazione: qualora tale motivo si traduca in un vizio del lodo, la parte sarà libera di proporre impugnazione innanzi alla competente autorità giudiziaria statale. Da questo punto di vista, l'atteggiamento delle istituzioni arbitrali nei confronti delle istanze di ricusazione sembra essere improntato ad un criterio di economicità pragmatica: v. LEW – MISTELIS – KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., 305.

³³⁷ L'importanza di tale aspetto è stata sottolineata dalla giurisprudenza francese in *Société Philipp Brothers c/ société Drexel et autres*, Tribunal de Grande Instance di Parigi (Ord. Référé), 14 giugno 1989, in *Rev. Arb.*, 1990, 505: "Attendu que le juge doit, en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction (article 16 N.C.P.C.) et faire assurer les droits de la

l'attuazione di un contraddittorio pieno né, *a fortiori*, fornisce indici decisivi circa la natura del procedimento di ricusazione³³⁸: la già menzionata prassi di molte istituzioni internazionali, che non forniscono alcuna motivazione in sede di decisione delle istanze di ricusazione, sembra anzi escludere *tout court* la natura giurisdizionale del procedimento.

La decisione in punto di ricusazione spetta solitamente ad un organo permanente dell'istituzione che amministra l'arbitrato. Un problema di non immediata soluzione è quello relativo ai canoni da applicare al merito dell'istanza di ricusazione, al fine di valutarne la fondatezza. Nell'esperienza internazionale, le fonti da applicare saranno principalmente quelle dei precedenti di rilevanza transnazionale: le richiamate decisioni della London Court of International Arbitration sembrano formare un *corpus* organico, che attinge sincreticamente a vari sistemi nazionali al fine di costruire un modello di imparzialità ed indipendenza internazionalmente valido e riconosciuto. Pur in assenza di esplicite motivazioni, è ragionevole immaginare che le decisioni della Camera di Commercio Internazionale in punto di ricusazione attingano alle medesime fonti.

Per quanto riguarda l'esperienza interna, sembra *prima facie* doversi fare riferimento ai contenuti dell'art. 815 c.p.c.; tuttavia, disposizioni quali quelle del regolamento tipo delle Camere di Commercio³³⁹ o della Camera Arbitrale di Milano³⁴⁰ finiscono per svuotare di significato il riferimento

défense ; Attendu qu'on ne saurait statuer sur une cause de récusation, fondée sur des motifs tenant à la personne même d'un arbitre, sans lui avoir au préalable fait connaître l'existence de la procédure et de ses fondements, et, surtout, sans lui avoir permis de présenter, le cas échéant, toutes observations utiles avant toute décision".

³³⁸ Sul punto v. *infra*, § 4.4.

³³⁹ Art. 18 comma 1.

³⁴⁰ Art. 19 comma 1: "ogni motivo idoneo a porre in dubbio (...) indipendenza o imparzialità".

codicistico. Stante la natura aperta delle norme regolamentari che disciplinano le fattispecie di ricusazione amministrata, non si può che concludere nel senso di una piena libertà dell'istituzione arbitrale, che potrà accogliere ogni istanza di ricusazione ritenuta meritevole in base ad un apprezzamento che, in assenza di più stringenti indici, deve ritenersi vincolato da criteri equitativi. Rispetto a tale libertà di apprezzamento, il riferimento codicistico all'art. 815 c.p.c. svolge semplicemente un ruolo di delimitazione in negativo: l'istituzione arbitrale non potrà negare la rilevanza della circostanza, qualora ritenga che essa sia sussumibile in una delle fattispecie enucleate dalla disposizione del codice di rito.

4.4 I rapporti tra ricusazione amministrata e ricusazione giudiziale

Gli ordinamenti nazionali prevedono, generalmente, un meccanismo di ricusazione giudiziale degli arbitri: questo è, naturalmente, l'unico strumento di ricusazione a disposizione delle parti che abbiano scelto un arbitrato *ad hoc*. Tale meccanismo è costituito, nell'ordinamento italiano, dal già più volte richiamato art. 815 c.p.c. Chiarito come le parti che abbiano concluso un patto compromissorio per arbitrato amministrato abbiano generalmente a disposizione un meccanismo di ricusazione amministrata interno all'istituzione, occorre chiedersi se tale ricusazione amministrata si aggiunga o si sostituisca a quella giudiziale.

La dottrina maggioritaria sostiene la tesi della coesistenza dei due procedimenti³⁴¹. Come giustamente rilevato³⁴², al fine di inquadrare

³⁴¹ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, 1006 ss.; BOVE, in BOVE-CECCHIELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 101; BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, in CECCHIELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, 403; E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato amministrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 16 ss.; BRIGUGLIO, in VACCARELLA – VERDE (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997, IV, 849 ss.

³⁴² LUISO, *L'art. 832 c.p.c., cit.*, § 5.

correttamente il problema, occorre anzitutto chiarire la natura del giudizio di ricusazione. La questione è stata risolta in maniera netta dalla giurisprudenza francese, con specifico riguardo alla ricusazione amministrata presso la Camera di Commercio internazionale³⁴³: secondo le pronunce richiamate, le decisioni di un'istanza di ricusazione non comporta l'esercizio di poteri giurisdizionali ed ha mera natura amministrativa. Tale orientamento appare sicuramente condivisibile: il procedimento di ricusazione, che è stato icasticamente definito "rudimentale"³⁴⁴ e che certamente non prevede le garanzie ed il grado di attuazione del contraddittorio proprio di un giudizio a cognizione piena, non sembra poter assumere i tratti della giurisdizione contenziosa. Peraltro, anche volendo attribuire al procedimento diversa natura, non è dato intendere quale debba essere l'oggetto dello *jus dicere*. Esso non coincide necessariamente con il corretto adempimento delle obbligazioni inerenti al mandato arbitrale: nel caso in cui l'arbitro abbia rivelato la circostanza rilevante in sede di *disclosure*, lo stesso potrebbe essere ricusabile anche in caso di diligente adempimento dei propri obblighi contrattuali. E d'altronde, anche ove tale inadempimento sussistesse, ad esso non si potrebbe adeguatamente reagire con un procedimento a cognizione sommaria, al termine del quale si emette un'ordinanza non impugnabile. Non si può, quindi, che concludere nel senso della natura di volontaria giurisdizione³⁴⁵ del procedimento: la decisione sul *iudex suspectus* rientra nelle funzioni rispettivamente di amministrazione dell'arbitrato per quanto riguarda le istituzioni arbitrali e di supporto all'arbitrato per quanto riguarda l'autorità giudiziaria statale.

³⁴³ *Raffineries de pétrole d'Homs et de Baniyas c/ Chambre de Commerce Internationale*, Tribunal de Grande Instance di Parigi, 28 marzo 1984 e Corte d'Appello di Parigi, 15 maggio 1985, in *Rev. Arb.*, 1985, 141 e *Mealey's Int'l Arb Rep.*, 1986, 502.

³⁴⁴ LUISSO, *L'art. 832 c.p.c., cit.*, § 5.

³⁴⁵ FAZZALARI, *Ancora sulla imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, 3.

Stante la natura non contenziosa del procedimento, non sussistono ostacoli alla configurazione di un procedimento di ricusazione amministrata come sostitutivo di quello giudiziale³⁴⁶. Tale conclusione, tuttavia, non appare sufficiente a dimostrare la prevalenza del giudizio di ricusazione amministrata su quella giudiziale; la soluzione al problema deve essere ricercata analizzando la natura delle norme codicistiche che conferiscono all'autorità giudiziaria statale funzioni ancillari rispetto all'arbitrato. Tali norme possono essere ricondotte a due categorie: un primo gruppo di regole attiene alle funzioni di supporto del processo arbitrale. In simili ipotesi, l'autorità giudiziaria statale (in particolare il Presidente del Tribunale) svolge un'attività al fine di rendere possibile il procedimento arbitrale, intervenendo con funzioni quali la nomina degli arbitri (artt. 809 e 810 c.p.c.), la dichiarazione di decadenza degli stessi (art. 813 *bis* c.p.c.), la proroga del termine per la decisione (art. 820 c.p.c.). In altre ipotesi, l'autorità giudiziaria svolge un'attività di controllo, al fine di verificare che l'esercizio di facoltà giurisdizionali da parte di soggetti privati non si traduca in una violazione di principi fondamentali dell'ordinamento: tale è, con tutta evidenza, la natura dell'impugnazione per nullità del lodo *ex art.* 828 c.p.c.

L'istituzione arbitrale che amministra il procedimento può sostituirsi all'autorità statale solo per quanto riguarda il primo gruppo di ipotesi: in tali casi, infatti, il giudice dello Stato ha una mera funzione "vicaria", che tende a supplire ad eventuali lacune dovute all'assenza di una struttura istituzionale capace di supportare il procedimento, nonché all'inerzia delle parti. Tale funzione "vicaria", indispensabile nell'arbitrato *ad hoc*, è superflua nell'arbitrato amministrato: concludendo il contratto di amministrazione,

³⁴⁶ Così LUISO, *L'art. 832 c.p.c., cit.*, § 5, il quale sottolinea come la soluzione della prevalenza della ricusazione amministrata su quella giudiziale sia peraltro compatibile anche con l'eventuale natura contenziosa del procedimento, analogamente a quanto avviene per il procedimento di determinazione del compenso degli arbitri.

infatti, le parti affidano all'istituzione un mandato a svolgere una serie di attività, tra cui quelle a cui è solitamente deputato il Presidente del Tribunale. Stante la presenza di un ente di amministrazione, il parallelo coinvolgimento dell'autorità giudiziaria, lungi dal fornire un supporto al procedimento, si tradurrebbe in un'indebita interferenza nell'area dell'autonomia privata ed in un'inutile duplicazione. Per tali motivi, occorre ritenere che, ogniqualvolta il codice fornisca all'autorità giudiziaria una funzione di supporto dell'arbitrato ma tale funzione sia svolta, nell'ambito degli arbitrati amministrati, dall'ente di amministrazione, le norme regolamentari prevalgano su quelle codicistiche: le parti che concludono un patto compromissorio per arbitrato amministrato rinunciano alla funzione di supporto fornita dal Presidente del Tribunale e vi sostituiscono quella dell'istituzione arbitrale.

La soluzione muta radicalmente nel caso in cui l'autorità giudiziaria svolga una funzione di controllo: ai sensi dell'art. 829 comma 1 c.p.c., le parti non possono formulare una rinuncia preventiva ed onnicomprensiva all'impugnazione del lodo *ex art. 828 c.p.c.* In questo caso, dunque, considerati i profili pubblicistici degli interessi coinvolti, le parti non sono libere di sostituire l'attività del giudice dello Stato con quella di un ente privato.

Il giudizio di ricusazione degli arbitri sembra, *prima facie*, iscriversi più in un'ottica di controllo che in un'ottica di supporto del procedimento arbitrale. Infatti, lo scopo dello strumento è quello di evitare che la controversia sia decisa da un soggetto privo dei requisiti di imparzialità ed indipendenza indispensabili a garantire lo svolgimento di un giusto processo. È proprio da tale sommaria definizione, tuttavia, che emerge l'impossibilità di ricondurre il procedimento di ricusazione alla sfera del controllo di matrice giurisdizionale sul fenomeno arbitrale: l'accertamento di tali requisiti soggettivi dell'arbitro richiederebbe infatti un giudizio a cognizione piena,

non dissimile da quello – irrinunciabile – che l’autorità giudiziaria statale può compiere sui requisiti oggettivi del lodo a seguito dell’emanazione dello stesso. Il codice, tuttavia, non concede tale possibilità, per l’ovvia ragione che la possibilità di un giudizio a cognizione piena in tema di ricusazione presterebbe il fianco a innumerevoli strategie dilatorie ed ostruzionistiche e si tradurrebbe, in ultima analisi, nella paralisi dell’arbitrato. Conseguentemente, il legislatore confina la possibilità di pieno controllo sull’attuazione del principio del contraddittorio ed in generale sulla validità del lodo alla fase impugnativa³⁴⁷: il procedimento sommario di ricusazione, indipendentemente dalla circostanza che esso si svolga presso l’istituzione arbitrale o innanzi al Presidente del Tribunale, ha una mera funzione di supporto dell’arbitrato, in vista di un futuro, eventuale, effettivo controllo da svolgersi in sede di impugnazione per nullità³⁴⁸. Conseguentemente, ove il regolamento d’arbitrato preveda un procedimento di ricusazione, esso sostituisce e non si affianca a quello previsto dall’art. 815 c.p.c.

La soluzione di cui sopra risulta confermata da una serie di considerazioni *a contrario* di ordine pratico. Accedendo alla tesi della coesistenza, si dovrebbe concludere che la medesima istanza di ricusazione

³⁴⁷ Altamente significativa, in tal senso, l’esperienza statunitense, nella quale la possibilità di proporre la ricusazione durante la pendenza del giudizio arbitrale è considerata con cautela tale da apparire come un’ipotesi principalmente teorica: TUCHMANN, *Removal of the Arbitrator During Proceedings*, in *N.Y.L.J.*, 7 maggio 1998, 3; *Marc Rich & Co. v Transmarine Seaways Corp.*, 443 F. Supp. 386 (1978): “a prime objective of arbitration law is to permit a just and expeditious result with a minimum of judicial interference. It seems to us that this objective can best be achieved by requiring an arbitrator (...) to declare any possible disqualification, and then to leave it to his or her sound judgment to determine whether to withdraw. The arbitrator must of course be aware that such a decision would be subject to judicial review after the award had been made”.

³⁴⁸ La tesi è accolta dalla giurisprudenza francese, la quale sottolinea come l’ipotetico giudizio di ricusazione a cognizione piena, qualora si svolgesse in seno all’istituzione arbitrale, costituirebbe a tutti gli effetti un arbitrato: *Société Opinter France c/ société Dacomex*, Corte d’Appello di Parigi, 15 gennaio 1985, in *Rev. Arb.*, 1986, 87.

possa essere proposta contemporaneamente all'istituzione arbitrale ed all'autorità giudiziaria. Qualora la prima rigetti l'istanza e la seconda la accolga, si creerebbe una situazione di contrasto diretto, consistente di fatto in un'anticipazione, da parte del Presidente del Tribunale, del giudizio di nullità *ex art. 829 comma 1 n. 9 c.p.c.* Oltre a ciò, è necessario considerare che l'istituzione arbitrale, che non abbia mostrato sensibilità nei confronti del profilo di parzialità lamentato da una delle parti, potrebbe sostituire l'arbitro ricusato con un altro soggetto del pari considerato adeguatamente indipendente ed imparziale, ma in realtà ricusabile innanzi al Presidente del Tribunale. Di conseguenza, la ricusazione giudiziale si tramuterebbe in uno strumento di interferenza giudiziale nei meccanismi dell'istituzione arbitrale, con il rischio di pregiudicare le prerogative che le parti hanno voluto riservare alla stessa ed, in ultima analisi, di compromettere lo svolgimento stesso del procedimento arbitrale.

4.5 Il problema della ricusazione incidentale

Nella pratica internazionale, è comunemente riconosciuto che gli stessi doveri di imparzialità ed indipendenza gravanti sul presidente di un collegio arbitrale si applichino altresì agli arbitri di parte³⁴⁹. La tendenza a nominare un arbitro che possa farsi portatore nel processo di una determinata inclinazione

³⁴⁹ Per un'analisi comparativa in punto di imparzialità dell'arbitro di parte nell'arbitrato internazionale v. M. SMITH, *Impartiality of the Party-Appointed Arbitrator*, in *Arb Int'l*, 1990, 320 ss., 322: "there is a consistent standard in western systems that requires all members of an international arbitration tribunal to maintain the same standard of independence and impartiality unless the parties choose otherwise". Sul dovere di imparzialità dell'arbitro di parte nell'arbitrato amministrato dalla Camera di Commercio Internazionale si esprime con chiarezza la giurisprudenza statunitense a partire da *Fertilizer Corporation of India et al. V. IDI Management Inc.*, 517 F. Supp. 948 (S.D. Ohio, 1981).

teorico-giuridica è, entro certi limiti, comprensibile e lecita³⁵⁰; le parti in lite, tuttavia, si spingono talvolta fino al punto di nominare quale proprio arbitro un soggetto privo dei necessari requisiti di imparzialità ed indipendenza e pertanto suscettibile di essere ricusato dall'altra parte³⁵¹.

Prima di approfondire l'analisi, appaiono necessarie due precisazioni: anzitutto, occorre sottolineare come la previsione di un dovere di *disclosure* in capo agli arbitri non sia affatto idonea ad evitare la formazione di un collegio arbitrale parziale. L'arbitro può essere ricusato anche quando abbia diligentemente adempiuto al proprio obbligo di rendere le parti edotte in ordine ad ogni circostanza idonea a compromettere la propria imparzialità ed indipendenza. Dunque, come già esposto, la dichiarazione sottoscritta dall'arbitro ha lo scopo non tanto di evitare profili di effettiva parzialità, quanto di far decorrere il termine per la ricusazione dell'arbitro stesso. In secondo luogo, è opportuno precisare come l'assenza di imparzialità ed indipendenza di uno dei membri del collegio arbitrale non si traduce in un vizio oggettivo del lodo, sotto il profilo del contraddittorio, ove essa sia bilanciata da un'analogha disposizione soggettiva in capo all'altro arbitro di parte³⁵². Ciò che determina il vizio del lodo, in altri termini, non è la parzialità

³⁵⁰ Sul tema dei colloqui tra parte ed arbitro precedenti alla nomina di quest'ultimo, finalizzati a discutere gli aspetti fondamentali della controversia, v. BISHOP – REED, *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, in *Arb Int'l*, 1998, 395. La tendenza è stata ampiamente confermata dalle più recenti rilevazioni statistiche: secondo il *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, 6, reperibile in <http://www.arbitrationonline.org>, l'86% degli operatori ritiene appropriato il metodo delle interviste ed il 46% ne fa un uso costante. È altamente significativo, inoltre, che l'84% degli intervistati ritenga che sia lecito interrogare il potenziale arbitro circa la propria posizione sulle questioni giuridiche rilevanti nella controversia.

³⁵¹ CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in *Riv. Arb.*, 2005, 729 ss.

³⁵² Per un'analisi di tale eventualità nell'arbitrato amministrato dalla Camera di commercio internazionale v. UFF - JONES, *Current Issues in International Arbitration*, in *International and ICC Arbitration*, Londra, 1990, 12 ss.

del singolo arbitro di parte, ma del collegio arbitrale considerato nel suo complesso³⁵³.

La considerazione di cui sopra implica che le parti possano validamente accordarsi per formare un collegio arbitrale nel quale gli arbitri di parte siano privi dei requisiti di indipendenza ed imparzialità; nella prassi, tale accordo si traduce in una semplice astensione dalla reciproca ricusazione dell'altrui arbitro³⁵⁴. A ciò non osta la necessità di garantire la piena attuazione del principio del contraddittorio in seno al procedimento arbitrale: come sopra esposto, il relativo controllo potrà essere effettuato solo *ex post*, a mezzo di un'impugnazione per nullità *ex art. 829 comma 1 n. 9 c.p.c.* Tuttavia, una delle parti potrebbe approfittare del carattere diacronico della formazione dell'organo giudicante, al fine di addivenire alla formazione di un collegio arbitrale sbilanciato: la parte che abbia nominato per prima un arbitro parziale potrebbe ricusare l'arbitro successivamente nominato dall'altra parte, quando i termini per presentare istanza di ricusazione del primo arbitro siano ormai decorsi. In tal modo, la parte che nomini il proprio arbitro per seconda potrebbe vedersi opporre una fondata istanza di ricusazione, alla quale non sarebbe possibile, per l'intervenuta preclusione, reagire con un'altrettanto fondata analoga iniziativa: il risultato finale sarebbe la formazione di un collegio arbitrale non equilibrato, nel quale la parzialità del secondo arbitro non trova contrappesi in un'analoga disposizione del primo.

Nell'arbitrato *ad hoc*, tale problema non trova soluzione: decorsi i termini per la presentazione dell'istanza di ricusazione *ex art. 815 c.p.c.*, alla parte non resta che attendere la conclusione dell'arbitrato ed impugnare il lodo, ove ne ricorrano gli estremi. Nell'esperienza di molti enti di

³⁵³ LUIISO, *Il nuovo regolamento-tipo per l'arbitrato amministrato delle Camere di commercio*, cit., 22.

³⁵⁴ Le parti, peraltro, potrebbero stipulare un'espressa pattuizione in questo senso, rinunciando al diritto di ricusare l'altrui arbitro di parte: l'eventualità è ammessa dalla giurisprudenza statunitense, v. *Borst v. All State Insurance Company*, 717 N.W.2d 42 (Wis. 2006).

amministrazione, al contrario, la questione è risolta attraverso l'istituto della riconsunzione incidentale: molti regolamenti concedono alla parte avverso il cui arbitro sia stata formulata istanza di riconsunzione la possibilità di riconsunare a propria volta l'arbitro della controparte, anche se il termine per la riconsunzione in via principale è già decorso³⁵⁵. In tal modo, i regolamenti di arbitrato amministrato forniscono alle parti un importante strumento di salvaguardia dell'imparzialità del collegio arbitrale nella sua interezza, nonché un efficace deterrente avverso istanze di riconsunzione formulate in un'ottica esclusivamente strategica, che poco hanno a che vedere con l'effettiva imparzialità dell'organo giudicante.

Chiariti i caratteri della riconsunzione incidentale, appare opportuno spendere una considerazione in punto di utilità della nomina di un arbitro di parte non imparziale. Tale pratica finisce con il produrre una duplicazione di ruoli: gli arbitri, in molti casi, svolgono una funzione di rappresentanza delle parti all'interno del collegio non dissimile a quella degli avvocati. Specularmente, gli arbitri di parte privi dei requisiti di imparzialità ed indipendenza indispensabili per il presidente del collegio arbitrale finiscono per essere privi di capacità di convincimento in seno al collegio stesso: il presidente passa, in tal modo, dall'essere un *primus inter pares* a svolgere, di fatto, funzioni di arbitro unico. In tal senso, sarebbe forse opportuno chiedersi se, per le parti che scelgano la via arbitrale ma non accettino l'idea di nominare un soggetto sul quale non possano esercitare un effettivo controllo, non risulti conveniente affidare la controversia alla decisione di un arbitro unico³⁵⁶. La presenza di un collegio arbitrale di tre membri, infatti, rischia di tradursi in una moltiplicazione delle spese a carico delle parti, a fronte della

³⁵⁵ Regolamento di arbitrato amministrato delle Camere di commercio, art. 18 comma 4.

³⁵⁶ KIRBY, *With Arbitrators, Less Can be More: Why the Conventional Wisdom on the Benefits of having Three Arbitrators may be Overrated*, in *J. Int. Arb.*, 2009, 337.

quale non si ottiene alcuna utilità ulteriore. L'organo decidente a formazione collegiale è utile solo qualora la paritaria collaborazione tra gli arbitri consenta di giungere ad una decisione ponderata ed esaustiva³⁵⁷; nel caso in cui gli arbitri di parte, non essendo disposti ad impiegare nel processo un adeguato grado di onestà intellettuale, elidano a vicenda la propria influenza, risulta probabilmente preferibile l'eliminazione di un simile pleonasma³⁵⁸.

4.6 La sostituzione

In caso di accoglimento dell'istanza di ricusazione, così come in altre ipotesi nelle quali l'arbitro non possa adempiere al proprio dovere³⁵⁹, occorre procedere alla sostituzione dello stesso. La regola generalmente adottata dai regolamenti è la medesima prevista per la nomina degli arbitri: la nomina è dunque affidata allo stesso soggetto che aveva nominato l'arbitro da sostituire.

Nell'ambito della sostituzione, all'istituzione arbitrale sono affidati tre compiti fondamentali: anzitutto, essa dovrà sospendere il procedimento, nella momentanea assenza dell'organo giudicante. In secondo luogo, essa dovrà provvedere a nominare il nuovo arbitro, nel caso in cui tale potere fosse originariamente conferito all'istituzione nonché in caso di inerzia del soggetto

³⁵⁷ Simili convinzioni, ancora scarsamente diffuse tra gli operatori dell'arbitrato domestico, sembrano essere largamente condivise nel campo dell'arbitrato internazionale: in base alle più recenti rilevazioni statistiche, la maggior parte degli operatori elenca tra i vantaggi di un collegio arbitrale composto da tre membri la maggiore neutralità dell'organo decidente ed il minor rischio di vizi del lodo, piuttosto che la possibilità di nominare un arbitro vicino alla propria posizione. V. *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, 29, disponibile su <http://www.arbitrationonline.org>

³⁵⁸ In tal senso TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. Arb.*, 1997, 491 esprime una netta preferenza per l'arbitro unico.

³⁵⁹ Il regolamento di arbitrato amministrato delle Camere di commercio menziona all'art. 19 comma 1, oltre all'accoglimento della ricusazione, la rinuncia all'incarico, la mancata conferma, la rimozione, la morte e la sopravvenuta infermità o altro motivo di incapacità dell'arbitro.

a ciò deputato: sul punto, si rinvia a quanto esposto in tema di nomina degli arbitri³⁶⁰. Infine, l'istituzione arbitrale dovrà procedere alla determinazione del compenso dell'arbitro sostituito, tenuto conto sia dell'attività da questi svolta, sia del motivo della sostituzione.

Questo ultimo ambito di attività dell'ente di amministrazione risulta particolarmente delicato; in alcune ipotesi, è pacifico che l'arbitro sostituito conservi inalterato il diritto al proprio compenso³⁶¹. In altri casi, tuttavia, con la rimozione l'arbitro perde tale diritto: è emblematica, in tal senso, l'ipotesi dell'arbitro che sia stato rimosso dall'istituzione per una grave violazione dei propri doveri. La ricusazione è, tra le ipotesi di sostituzione, quella più complessa dal punto di vista della sopravvivenza del diritto al compenso: *prima facie*, sembrerebbe ragionevole ritenere che il diritto dell'arbitro venga meno, poiché la violazione del dovere di imparzialità si traduce in un inadempimento contrattuale. Tuttavia, nell'ipotesi in cui i due arbitri di parte siano stati rimossi a seguito di una ricusazione in via principale e di una conseguente ricusazione in via incidentale, la medesima soluzione non sembra essere pacificamente applicabile. In tale ipotesi, invero, le parti hanno deciso di passare da un collegio arbitrale solo complessivamente imparziale ad un nuovo collegio arbitrale, imparziale tanto complessivamente quanto nelle sue singole parti. Si tratta, naturalmente, di una scelta legittima; non sembra, tuttavia, che ciò sia sufficiente a far venire radicalmente meno il diritto degli arbitri al compenso, specie qualora essi abbiano lealmente messo le parti a conoscenza dei rispettivi profili di parzialità. In conclusione, l'ipotesi dell'accoglimento della ricusazione non può trovare soluzione univoca:

³⁶⁰ V. *supra*, Parte II, Cap. 1.

³⁶¹ Si pensi al caso della sopravvenuta infermità o della rinuncia per giusta causa, ad esempio nell'ipotesi in cui le parti si accordino per chiamare in causa un terzo estraneo al patto compromissorio e l'arbitro ritenga di non aderire, stante la conseguente modifica della portata oggettiva del proprio mandato.

spetterà all'istituzione arbitrale decidere in punto di compensi, soppesando di volta in volta le circostanze del caso concreto.

Capitolo 5

L'ARBITRATO AMMINISTRATO ED I TERZI

Sommario: 5.1 Considerazioni introduttive: esposizione del problema del coinvolgimento di terzi nell'arbitrato - 5.2 Le soluzioni nel panorama internazionale - 5.3 I terzi nell'arbitrato amministrato di diritto interno

5.1 Considerazioni introduttive: esposizione del problema del coinvolgimento di terzi nell'arbitrato

Al fine di tutelare le situazioni sostanziali dedotte in lite risulta talora necessario coinvolgere nel processo una pluralità di soggetti; nell'ambito della giustizia privata, tale necessità può confliggere con la natura consensuale del fenomeno arbitrale, che impone l'accettazione del patto compromissorio da parte di ciascuno dei litiganti. Si è già illustrato come l'arbitrato amministrato possa consentire la celebrazione di un procedimento con pluralità di parti, anche nel caso in cui il potere di nominare i membri del tribunale arbitrale sia attribuito ai compromittenti³⁶². La composizione soggettiva della lite può, inoltre, subire modificazioni in ragione di un intervento da parte di terzi in corso di causa; tale evenienza è disciplinata nel nostro ordinamento dall'art. 816 *quinquies* c.p.c., norma che di per sé trova identica applicazione tanto nell'arbitrato amministrato quanto in quello *ad hoc*. Il presupposto dell'arbitrato plurisoggettivo è, in ogni caso, la sussistenza di una comune volontà compromissoria di tutte le parti coinvolte.

Il fenomeno del coinvolgimento di terzi nel procedimento arbitrale è stato oggetto di recenti evoluzioni, in particolare nel campo dell'arbitrato internazionale, e le istituzioni arbitrali hanno preso posizione rispetto allo

³⁶² V. *supra*, Parte II Cap. 1.

stesso in maniera diversa, nel tentativo di dare attuazione all'effettiva volontà delle parti; l'analisi di tale mutamento consente di raggiungere conclusioni valide anche per l'arbitrato amministrato di diritto interno, circa il ruolo degli enti nella gestione delle controversie soggettivamente complesse.

La complessità crescente dei rapporti commerciali rende sempre più frequente l'ipotesi di arbitrati soggettivamente articolati³⁶³: prendendo in considerazione la sola esperienza della Camera di commercio internazionale, dal 1998 al 2007 la quota di controversie coinvolgenti più di due parti è passata da un quinto ad un terzo del numero totale dei procedimenti amministrati dall'istituzione³⁶⁴. L'efficace gestione della partecipazione dei terzi nell'arbitrato è destinata a giocare un ruolo sempre più determinante nelle sorti dello stesso quale mezzo alternativo di risoluzione delle controversie: il coinvolgimento di più soggetti legati dallo stesso insieme di rapporti sostanziali in un unico procedimento consente di garantire alla giustizia arbitrale gli indispensabili caratteri di efficienza processuale, coerenza nell'applicazione del diritto ed effettività della tutela.

Nel panorama internazionale si registrano molti tentativi di allargare l'area di operatività della giustizia arbitrale a soggetti che non abbiano materialmente stipulato il patto compromissorio in forza del quale l'attore ha dato inizio al processo: in alcuni casi, il riferimento è a figure di diritto civile utilizzate al fine di estendere al terzo la volontà espressamente manifestata da

³⁶³ Dà conto di tale tendenza già PLANTEY, *International Arbitration in a Changing World*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series No. 6, 1994 - International Arbitration in a Changing World*, Boston, 1993, 67, 75; nel medesimo senso v. anche PLATTE, *When Should an Arbitrator Join Cases?*, in *Arb. Int.*, 2002, 67.

³⁶⁴ WHITESELL, *Multiparty Arbitration: The ICC International Court of Arbitration Perspective*, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford, 2009, 203; i settori interessati sono molteplici, dagli appalti ai trasporti fino ai contratti conclusi con Stati o con entità statali.

altri soggetti³⁶⁵. Tra i molti esempi possibili, è frequente il riferimento alla rappresentanza apparente, specie qualora organismi di diritto privato ma di emanazione statale abbiano concluso un contratto spendendo il nome³⁶⁶ dello Stato di riferimento ed ingenerando nella controparte un legittimo affidamento circa l'esistenza dei relativi poteri di rappresentanza. In generale, in molti ordinamenti si afferma il principio per cui, in caso di falsa rappresentanza, il falsamente rappresentato è vincolato dal patto compromissorio e può dunque sia agire in giudizio o essere convenuto *ab origine*, sia essere chiamato successivamente in causa³⁶⁷. In altre ipotesi, si fa leva sulla cessione del contratto³⁶⁸ o sul riferimento, inserito nella pattuizione negoziale principale,

³⁶⁵ Per un'approfondita indagine del fenomeno nell'arbitrato internazionale v. BREKOULAKIS, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford, 2010.

³⁶⁶ Circa le modalità di spendita del nome idonee ad ingenerare un affidamento nella controparte v. ABDEL-WAHAB, *The Extention of Arbitration Agreement to Third Parties: A Never Ending Legal Quest through the Spatial-Temporal Continuum*, in FERRARI – KRÖLL (a cura di), *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Monaco, 2010, 147.

³⁶⁷ Nella giurisprudenza statunitense v. *Merrill Lynch Inv Managers v. Optibase, Ltd*, 337 F.3d 125 (2d Cir. 2003); con specifico riferimento al carattere necessario di meritevolezza dell'affidamento *Bridas SAPIC, Bridas International Ltd, Intercontinental Oil and Gas Ventures Ltd. and Bridas Corporation v. Government of Turkmenistan and State Concern Turkmenneft*, 345 F.3d 347 (5 Cir. 2003); *Westmoreland v. Sadoux*, 299 F.3d 462 (5th Cir. 2002); *Berlage Co. v. Littlejohn & Co.*, 20 App. Div. 2d 697, 698, 247 NYS 2d 58, 60, affd. 15 NY 2d 530, 254 NY 2d 122, 202 NE 2d 566 (1964); *David v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith, Inc*, 440 NW 2d 269 (ND 1989); *Rieger v. Elco Coat Co.*, 34 Misc 2d 359, 228 NYS 2d 242 (1962). Nella giurisprudenza inglese v. *Capital Trust Inv. Ltd. v. Radio Design TJ AB*, [2002] EWCA Civ 135; *Charles M. Willie v. Ocean Laser Shipping*, [1999] 1 Lloyd's Rep. 225. Nella giurisprudenza francese v. 26 giugno 2003, Cour d'appel di Parigi, *Baba Ould Ahmed Miske v. Société AVC Shipping*, in *Rev. Arb.*, 2006, 143; 14 ottobre 1987, Cour de Cassation civ. 2e, *Ampafrance v. Wasteels*, in *Rev. Arb.*, 1988, 288 con nota di GOUTAL.

³⁶⁸ In Italia, come noto, il problema della cessione del contratto nel quale sia inserita una clausola compromissoria trova in giurisprudenza soluzioni non del tutto univoche: ad un indirizzo che si esprime in senso genericamente favorevole al trasferimento dell'accordo arbitrale (Cass. Sez. I, 28 marzo 2007, n. 7652; Cass. Sez. I, 21 giugno 1996, n. 5761) si affianca l'orientamento maggioritario, secondo cui la clausola sarebbe azionabile dal ceduto ma non dal cessionario (Cass. Sez. I, 21 marzo 2007, n. 6809; Cass. Sez. II, 21 novembre 2006, n. 24681; Cass. Sez. I, 19 settembre

ad un documento separato nel quale sia contenuto un accordo compromissorio³⁶⁹: in ogni caso, il risultato è il coinvolgimento nell'arbitrato di un soggetto che non ha formalmente sottoscritto la clausola compromissoria azionata³⁷⁰. In altre circostanze, l'estensione soggettiva dell'operatività della clausola compromissoria non è basata su istituti di diritto civile, ma sulla configurazione di un consenso implicito o di una comune intenzione³⁷¹; tali

2003, n. 13893; Cass. Sez. Un., 17 dicembre 1998, n. 12616) ed altre pronunce che fanno leva sull'autonomia del patto compromissorio per negare la trasferibilità *ipso jure* dello stesso (Cass. Sez. I, 1 settembre 2004, n. 17531; in senso parzialmente difforme Cass. Sez. I, 22 dicembre 2005, n. 28497 fa salva una diversa pattuizione, da riconoscersi anche implicitamente qualora tra i negozi sussista un nesso funzionale). Nel panorama internazionale il trasferimento a terzi del patto compromissorio è generalmente ammesso, sulla base degli istituti di diritto civile di volta in volta applicabili, significativamente diversi nei vari ordinamenti: v. BREKOULAKIS, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, cit., 28 ss.; GIRSBERGER, *The Law Applicable to the Assignment of Claims Subject to an Arbitration Agreement*, in FERRARI – KRÖLL (a cura di), *Conflicts of Laws in International Arbitration*, cit., 379; BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2009, 2ª ed., 1187; JAGUSCH – SINCLAIR, *The Impact of Third Parties on International Arbitration: Issues of Assignment*, in MISTELIS – LEW (a cura di), *Pervasive Problems in International Arbitration*, L'Aia, 2006, Cap. 15; HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, L'Aia, 2006, 19; CEEDER, *Towards a Possible Solution: Limitation, Interest and Assignment in London and Paris*, in VAN DEN BERG (a cura di), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable to Arbitration*, ICCA Congress Series n. 7, L'Aia, 1996, 268; GIRSBERGER – HAUSMANINGER, *Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate*, in *Arb. Int.*, 1992, 121. Sul versante giurisprudenziale affrontano esplicitamente il problema del trasferimento del contratto la giurisprudenza francese (*Société Quille Le Trident*, Cour de Cassation, 20 dicembre 2001, in *Rev. Arb.*, 2002, 379, con nota di LEGROS) e svizzera (Tribunale Federale, 18 dicembre 2001, in *ASA Bull.*, 2002, 482).

³⁶⁹ DI PIETRO, *Incorporation of Arbitration Clauses by Reference*, in *J. Int. Arb.*, 2004, 439.

³⁷⁰ Nulla vieta che tali teorie siano fatte valere dallo stesso attore (ad esempio il cessionario del contratto), al fine di ottenere tutela in sede arbitrale: in tal senso v. BREKOULAKIS, *Third parties in International Commercial Arbitration*, cit., 110: “(t)he above will apply *mutatis mutandis* in cases where the claimant is a party not designated in the arbitration agreement, which the claimant relies upon to commence arbitration”.

³⁷¹ *Ex plurimis*, *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] UKSC 46; *Peterson Farms Inc. v C&M Farming Ltd* [2004] EWHC 121; *Dow Chemical v. Isover St. Gobain*, caso ICC n. 4131, lodo del 23 settembre 1982 (v. JARVIN –

teorie, che hanno goduto in passato di alterne fortune presso i giudici nazionali, testimoniano un tentativo di contemperamento del principio del consenso con la gestione della complessità formale degli odierni rapporti commerciali.

5.2 Le soluzioni nel panorama internazionale

Come illustrato³⁷², il regolamento della Camera di commercio internazionale prevede un controllo *prima facie* circa l'esistenza del patto compromissorio, rimesso al giudizio dell'istituzione stessa. Tale strumento risulta particolarmente utile qualora le domande formulate nell'atto introduttivo coinvolgano un soggetto che, pur non avendo formalmente sottoscritto l'accordo compromissorio, sia considerato vincolato allo stesso in forza di una delle teorie sopra illustrate. L'istituzione, infatti, qualora il convenuto non si costituisca o eccepisca l'incompetenza del tribunale arbitrale, può utilizzare il controllo circa l'esistenza del patto compromissorio al fine di filtrare tali domande e consentire che esse giungano al vaglio dei giudici privati solo ove non manifestamente prive del necessario fondamento³⁷³, così da salvaguardare l'economicità dei procedimenti. In ogni caso, il giudizio dell'istituzione circa la sussistenza di un valido patto compromissorio vincolante tutte le parti (in forza, ad esempio, di un fenomeno di rappresentanza apparente) non vincola il tribunale arbitrale, al quale sarà rimessa la decisione definitiva sul punto.

DERAINS (a cura di), *Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI: 1974-1985*, L'Aia, 1990, 146) confermato dalla Cour d'appel di Parigi con sentenza del 21 ottobre 1983, in *Rev. Arb.*, 1984, 98.

³⁷² V. *supra*, Parte II Cap. 1, § 1.6.

³⁷³ WHITESELL, *Multiparty Arbitration: The ICC International Court of Arbitration Perspective*, cit., § 6.11; WHITESELL – SILVA-ROMERO, *Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience*, in *Complex Arbitration, Perspectives on their Procedural Implications*, in supplemento speciale ICC Bull., 2003, 8.

Il problema risulta di meno immediata soluzione qualora il coinvolgimento del terzo non avvenga con l'originaria domanda di arbitrato, ma per effetto dell'iniziativa del convenuto, che chiami in causa un terzo formalmente estraneo al patto compromissorio nel proprio atto di costituzione. Tradizionalmente, il regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale era privo di norme disciplinanti l'intervento di terzi; lo stesso era, conseguentemente, regolato sulla base di una prassi formatasi nel corso dei decenni di esperienza pratica dell'istituzione³⁷⁴. In particolare l'ente richiedeva che il terzo interventore, tanto volontario quanto su chiamata, sottoscrivesse il patto compromissorio in forza del quale era stato dato avvio al procedimento³⁷⁵; tale regola mirava con tutta evidenza a fugare ogni dubbio circa l'effettiva esistenza di una comune volontà compromissoria. Il sistema in questione, per quanto caratterizzato da apprezzabili intenti di cautela in assenza di un'espressa previsione regolamentare, finiva per penalizzare la posizione del convenuto e frustrare conseguentemente il principio di uguaglianza: mentre per l'attore risultava possibile formulare una domanda nei confronti di un convenuto che non avesse materialmente sottoscritto il patto compromissorio, a condizione che l'istituzione non ritenesse manifestamente assente una volontà compromissoria comune in forza di una delle teorie sopra illustrate, il convenuto non poteva chiamare in causa un terzo, a meno che lo stesso non sottoscrivesse effettivamente quello stesso accordo arbitrale in forza del quale la controparte originaria aveva adito la via arbitrale. Non sussistono, invero, ragioni ostative all'applicazione delle teorie di estensione della vincolatività della clausola compromissoria all'ipotesi della chiamata di terzi: essa, anzi, non solleva problemi diversi rispetto alla formulazione di una domanda in sede di atto introduttivo, specie ove sia

³⁷⁴ BREKOULAKIS, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, cit., 111.

³⁷⁵ WHITESELL – SILVA-ROMERO, *Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience*, cit., 8.

effettuata prima della costituzione del tribunale arbitrale e della sottoscrizione dell'atto di missione³⁷⁶.

Per le ragioni sopra illustrate, la nuova versione del regolamento di arbitrato, in vigore dal 1 gennaio 2012, contiene norme che riguardano specificamente l'istituto dell'intervento dei terzi. In tal senso, la dottrina aveva formulato indicazioni precise, miranti a consentire il coinvolgimento di terzi che non abbiano stipulato il patto compromissorio ma non possano ritenersi estranei allo stesso³⁷⁷. Il nuovo regolamento contiene, anzitutto, una specificazione in ordine ai contenuti del controllo *prima facie* affidato all'istituzione: quest'ultima dovrà valutare, in caso di pluralità di parti, se esista un patto compromissorio in grado di vincolarle tutte³⁷⁸. Inoltre, il regolamento contiene previsioni espresse in punto di intervento di terzi: in caso di chiamata in causa antecedente alla costituzione del tribunale arbitrale, l'istituzione opererà lo stesso controllo *prima facie* circa l'esistenza del patto compromissorio, nelle stesse circostanze e con le medesime modalità adottate per l'originaria domanda di arbitrato³⁷⁹. Nell'ambito di una lite plurisoggettiva, ciascuna parte potrà formulare domande nei confronti di qualsiasi altra parte del procedimento³⁸⁰, anche se facenti riferimento a patti compromissori diversi³⁸¹. Qualora, invece, la chiamata avvenga dopo la costituzione dell'organo giudicante, essa sarà possibile solo con il consenso di tutti i soggetti coinvolti³⁸²: in questo caso, infatti, con il proprio ingresso nel

³⁷⁶ Qualora tali attività siano già state compiute, infatti, il terzo potrebbe opporsi alla propria acquisizione della qualità di parte lamentando una violazione del principio del contraddittorio.

³⁷⁷ BREKOULAKIS, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, cit., 112.

³⁷⁸ Regolamento di arbitrato ICC, art. 6(4).

³⁷⁹ Regolamento di arbitrato ICC, art. 7(1).

³⁸⁰ Regolamento di arbitrato ICC, art. 8(1).

³⁸¹ Regolamento di arbitrato ICC, art. 9.

³⁸² Regolamento di arbitrato ICC, art. 7(1).

processo l'interventore rinuncia al diritto di partecipare alla nomina degli arbitri, anche qualora ciò sia previsto dal patto compromissorio.

Il regolamento non contiene previsioni specifiche in ordine all'intervento volontario. Tuttavia, esso rende possibile la riunione di procedimenti, non solo nel caso in cui le parti acconsentano alla stessa, ma anche nell'ipotesi in cui tutte le domande facciano riferimento allo stesso patto compromissorio oppure, anche in presenza di più accordi arbitrali, qualora le controversie coinvolgano le stesse parti, facciano riferimento allo stesso rapporto sostanziale e si basino su patti compromissori tra loro compatibili³⁸³. L'interventore volontario, dunque, potrà presentare una distinta domanda di arbitrato: qualora l'istituzione ravvisi l'esistenza di un unico patto compromissorio che vincoli tutte le parti, si provvederà alla riunione degli arbitrati, consentendo così l'ingresso del terzo nel processo pendente. Anche in tale ipotesi, all'istituzione è rimesso lo stesso compito di controllo preventivo circa l'esistenza di un valido patto compromissorio: la disciplina dell'intervento volontario, dunque, è pienamente equiparata a quella delle domande originarie e della chiamata in causa.

In sintesi, il nuovo regolamento della Camera di commercio internazionale estende lo stesso controllo *prima facie* originariamente previsto per la sola domanda di arbitrato anche alla chiamata in causa di terzi ed all'intervento volontario, eliminando così il profilo di disuguaglianza presente nella precedente pratica: sia l'attore che il convenuto potranno coinvolgere nella stessa misura terzi che non abbiano formalmente sottoscritto il patto compromissorio. Questi ultimi, inoltre, saranno liberi di intervenire volontariamente ed acquisire la qualifica di parti: in ogni caso, l'istituzione assume un'identica funzione di "filtro", effettuando una valutazione preliminare circa l'esistenza del patto compromissorio, prodromica rispetto al giudizio definitivo sul punto, rimesso al tribunale arbitrale. Rimane da vedere

³⁸³ Regolamento di arbitrato ICC, art. 10.

se la previsione dell'art. 6, che specifica i contenuti del controllo *prima facie* di cui sopra, consentirà all'istituzione di applicare il regolamento con la stessa elasticità del passato, così da consentire l'applicazione delle teorie estensive sopra illustrate: l'istituzione, infatti, è chiamata a ravvisare la sussistenza di un unico accordo compromissorio. Pur in assenza di riferimenti giurisprudenziali, è ragionevole ritenere che la Camera di commercio internazionale manterrà l'orientamento estensivo manifestato in passato, mirante a bilanciare il rispetto del dato formale con le esigenze di effettività della tutela arbitrale.

A differenza di quanto illustrato per la Camera di commercio internazionale, il regolamento di arbitrato della London Court of International Arbitration non contiene espresse previsioni applicabili al problema del coinvolgimento iniziale di terzi nel processo arbitrale. Tuttavia, le pratiche adottate dai due enti in punto di valutazione delle domande di arbitrato non sono dissimili: anche l'istituzione londinese, infatti, considera ammissibili le domande formulate da o nei confronti dei terzi solo qualora risulti *prima facie* sussistente un patto compromissorio in grado di vincolare i litiganti³⁸⁴. Tale funzione di filtro è operata informalmente dall'ente non in forza di una specifica disposizione regolamentare, ma sulla base del preambolo del regolamento, che contiene un riferimento alla necessità di una comune volontà compromissoria, al fine di garantire il rispetto della volontà delle parti ed evitare violazioni dei limiti fissati nell'accordo compromissorio.

Il regolamento contiene, invece, una previsione espressa in punto di chiamata in causa di terzi: ai sensi dell'art. 21.1 lett. h, il tribunale arbitrale può consentire la chiamata in causa di un terzo, qualora anche quest'ultimo vi

³⁸⁴ WINSTANLEY, *Multiple Parties, Multiple Problems: A View from the London Court of International Arbitration*, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, cit., 213 ss.

consenta³⁸⁵. La norma in commento rimette la decisione in punto di ampliamento soggettivo del processo agli arbitri, non prevedendo alcun potere di filtro in capo all'istituzione: sarà il tribunale, di conseguenza, a valutare la sussistenza di una valida volontà compromissoria.

Escluso il caso della Camera di commercio internazionale, che contiene espresse previsioni in materia, e della London Court of International Arbitration, nella cui prassi l'ente interviene a vagliare l'ammissibilità delle domande sotto il profilo della volontà compromissoria, alle istituzioni arbitrali internazionali non sono riconosciuti compiti in materia di intervento di terzi: la decisione in merito è, generalmente, affidata in via esclusiva agli arbitri³⁸⁶.

5.3 I terzi nell'arbitrato amministrato di diritto interno

Generalmente, i regolamenti italiani di arbitrato amministrato non affidano all'istituzione alcun compito di indagine circa l'esistenza del patto compromissorio: si è già illustrato come il meccanismo di filtro preventivo appartenga principalmente all'arbitrato amministrato dalla Camera di

³⁸⁵ Parte della dottrina sostiene che, atteso che la norma richiede il consenso del chiamante e del chiamato, ma non dell'altra parte originaria, solo il chiamante potrebbe formulare domande avverso l'interventore: BLESSING, *Die LCIA Rules: Aus der Sicht des Praktikers*, in *Schieds VZ*, 2003, 198, 203. La tesi, che sembra echeggiare la teoria del rapporto processuale, non appare fondata: le parti, infatti, sono tutte vincolate da un patto compromissorio facente riferimento al regolamento istituzionale, il quale prevede la possibilità della chiamata in causa. A seguito dell'acquisizione della qualità di parte, dunque, non sembrano sussistere ostacoli alla formulazione di domande anche da parte di chi non abbia effettuato la chiamata: in tal senso v. LEW - MISTELIS - KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, 390.

³⁸⁶ Contengono espresse previsioni in tale ultimo senso il regolamento di arbitrato VIAC, art. 15(1), regolamento di arbitrato NAI, art. 41; regolamento di arbitrato SIAC, art. 24 lett. b; regolamento di arbitrato SRIA (Swiss rules), art. 4(2).

commercio internazionale³⁸⁷. Anche in caso di chiamata del terzo, i regolamenti si limitano a disciplinare l'aspetto procedimentale della *vocatio* del terzo³⁸⁸, affidando al tribunale il compito di valutare l'ammissibilità dell'intervento³⁸⁹.

L'intervento dei terzi nell'arbitrato è disciplinato dal citato art. 816 *quinquies* c.p.c., che richiede il consenso delle parti originarie, dell'interventore e degli arbitri; tale consenso può essere espresso al momento dell'intervento, qualora il terzo sia originariamente estraneo al patto compromissorio, oppure può essere cristallizzato nell'accettazione *a priori* contenuta nella clausola. La prima delle ipotesi considerate non solleva particolari problemi: qualora tutti i soggetti manifestino il proprio consenso al momento dell'intervento, non si rinvengono ostacoli all'allargamento soggettivo dell'arbitrato. Nel caso in cui, invece, il terzo abbia sottoscritto la clausola compromissoria, il suo coinvolgimento potrebbe risultare problematico: si pensi, in particolare, all'ipotesi in cui il chiamato in causa tenti di sottrarsi all'efficacia del patto compromissorio, al fine di rimanere estraneo alla lite.

In tali circostanze, l'arbitrato amministrato fornisce alcuni indubbi vantaggi rispetto all'arbitrato *ad hoc*: come illustrato³⁹⁰, infatti, molti regolamenti prevedono che, qualora la struttura plurisoggettiva della lite non renda possibile l'applicazione della clausola binaria originariamente prevista dai paciscenti, l'ente possa prevedere direttamente alla nomina dei soggetti giudicanti. Da questo punto di vista, dunque, qualora la chiamata del terzo sia effettuata nell'atto di costituzione del convenuto, prima della costituzione del tribunale arbitrale, il regolamento arbitrale consentirebbe la celebrazione di un

³⁸⁷ V. *supra*, Parte II Cap. 1, § 1.6.

³⁸⁸ Regolamento tipo delle Camere di commercio, art. 10 comma 3.

³⁸⁹ Regolamento della Camera arbitrale di Milano, art. 22 comma 5.

³⁹⁰ Parte II Cap. 1, § 1.5.

unico arbitrato anche in presenza di una clausola binaria, ciò che non risulterebbe possibile nel caso dell'arbitrato *ad hoc*. Spetterà al tribunale nominato dall'ente giudicare, successivamente, della propria competenza rispetto a ciascuna delle parti.

L'art. 816 *quinquies* ammette esplicitamente che il terzo possa essere chiamato in causa anche in assenza di una preventiva accettazione del patto arbitrale, purché esprima il proprio consenso; di conseguenza non sarebbe ammissibile, per ragioni di diritto di difesa, l'affidamento all'istituzione arbitrale di una funzione di filtro tale da escludere l'ammissibilità della chiamata del terzo, sol perché questi non sia parte dell'originario patto compromissorio. Tuttavia, nulla sembra ostare all'introduzione di un meccanismo di controllo analogo a quello previsto dalla Camera di commercio internazionale: esso, infatti, lascia libero il terzo di esprimere il proprio consenso alla via arbitrale ed impone il controllo *prima facie* solo ove questi non si costituisca o eccepisca l'incompetenza del costituendo tribunale³⁹¹.

In conclusione, l'adozione di un sistema di doppio filtro (controllo *prima facie* affidato all'istituzione e giudizio di competenza rimesso agli arbitri) potrebbe facilitare l'intervento del terzo, specie ove esso avvenga prima della costituzione del tribunale arbitrale: l'istituzione potrebbe valutare se il terzo sia vincolato alla clausola compromissoria e, in caso di clausola binaria, sostituirsi eventualmente alle parti nell'attività di nomina, rendendo così possibile la celebrazione di un unico arbitrato.

L'arbitrato *ad hoc* si fonda integralmente sull'autonomia privata dei soggetti: pertanto, esso costituisce uno strumento di giustizia privata efficace laddove i compromittenti desiderino mantenere un pieno controllo in ordine ad ogni aspetto del procedimento. Tuttavia, il crescente numero di liti a carattere plurisoggettivo difficilmente può trovare un'adeguata gestione in

³⁹¹ V. art. 7(1), che richiama gli artt. 6(3)-6(7).

assenza di una struttura istituzionale: specie ove le parti abbiano inserito nel loro negozio una clausola binaria, la presenza di tre o più soggetti, non riconducibili ad una dualità di poli, rende difficile la trattazione di tutte le domande in un unico arbitrato. Tale situazione presenta evidenti rischi: l'impossibilità di pervenire ad un unico giudicato, vincolante per ciascuna delle parti, può mettere a repentaglio la coerenza e l'effettività della tutela offerta alle situazioni sostanziali dedotte in giudizio. L'arbitrato amministrato, da questo punto di vista, offre indubbi vantaggi: l'istituzione, dotata degli opportuni poteri in sede regolamentare, potrebbe effettuare una delibazione circa l'esistenza di una comune volontà compromissoria e, se del caso, intervenire in sede di nomina degli arbitri, garantendo così ai paciscenti non solo un notevole risparmio in termini di attività processuali svolte, ma soprattutto l'instaurazione di un unico giudizio capace di vincolare tutti i soggetti coinvolti sul piano dei rapporti sostanziali.

Capitolo 6

LA TUTELA CAUTELARE

ED I PROCEDIMENTI SPECIALI D'URGENZA

Sommario: 6.1 Considerazioni introduttive – 6.2 Le esigenze cautelari nel quadro dei procedimenti amministrati speciali – 6.3 L'arbitro d'urgenza nel nuovo regolamento della Camera di Commercio Internazionale – 6.4 Problemi e prospettive nel procedimento di emergency arbitrator

6.1 Considerazioni introduttive

L'ordinamento italiano non attribuisce agli arbitri alcun potere in materia cautelare, con la sola eccezione della sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari nell'arbitrato societario (art. 35 comma 5 d.lgs. 5/03³⁹²): ex art. 818 c.p.c., la competenza in materia cautelare è riservata esclusivamente ai giudici dello Stato. Tale regola, che l'ordinamento italiano condivide ad oggi con ben pochi altri sistemi processualcivilistici³⁹³, non trova alcun equivalente nella prassi dell'arbitrato internazionale, nella quale agli arbitri è costantemente riconosciuta competenza in materia cautelare³⁹⁴.

³⁹² La norma chiarisce anzitutto che la tutela cautelare è compatibile sia con l'arbitrato rituale, sia con l'arbitrato irrituale: in tal modo, il legislatore ha accolto l'orientamento precedentemente espresso dalla Corte Costituzionale con la sentenza 5 luglio 2002, n. 320.

³⁹³ Codice di Procedura Civile e Commerciale argentino, art. 753; Legge sul diritto dell'arbitrato cinese, art. 68; Codice di Procedura Civile del Quebec, art. 940(4).

³⁹⁴ Un simile riferimento è presente anche all'art. 22 comma 2 del regolamento della Camera Arbitrale di Milano: "(l) Tribunale Arbitrale può pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento". Il riferimento alle "norme inderogabili" è di per sé sufficiente ad escludere i poteri cautelari degli arbitri, qualora il procedimento amministrato dalla Camera abbia sede in Italia: sul punto v., con riferimento alla precedente versione del regolamento, CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, in *Riv. Arb.*, 2007, 311. Sui rapporti tra la competenza del tribunale arbitrale e

Tale scelta non si pone assolutamente in contrasto con la natura “privata” del giudizio arbitrale e dell’organo chiamato a dirimere la controversia: per impartire la tutela cautelare, infatti, gli arbitri non necessitano di quell’*imperium* che è proprio solo ed esclusivamente dell’apparato statale. La tutela cautelare è del tutto compatibile con l’arbitrato: per impartire la stessa, il soggetto decidente ha solamente necessità di conoscere della controversia (in modo sommario, ma strutturalmente non dissimile da quanto avviene in sede di tutela dichiarativa), al fine di verificare la presenza dei presupposti legittimanti l’emissione della misura richiesta. Ciò, ovviamente, è valido nella fase di concessione della misura cautelare, non di esecuzione della stessa: per dare attuazione a quanto disposto in via cautelare sarà necessario l’intervento autoritativo dello Stato, a cui i soggetti privati non potranno sostituirsi.

Un’analisi dettagliata circa i rapporti tra arbitrato e tutela cautelare esula, con tutta evidenza, dall’economia del presente lavoro. Tuttavia, è interessante notare come, in ambito internazionale, il campo della tutela cautelare costituisca un importante caso di intervento diretto delle istituzioni arbitrali, in particolare nell’ipotesi in cui l’istanza cautelare sia formulata nelle fasi iniziali del procedimento, quando ancora l’organo giudicante privato non è costituito.

La formazione di un collegio arbitrale può richiedere settimane o addirittura mesi, in particolare quando una delle parti tiene un atteggiamento ostruzionistico; durante questo periodo di tempo, la tutela cautelare può in

quella del giudice dello Stato in punto di istanze cautelari cfr. BEALE – BENCH NIEUWVELD – NIEUWVELD, *Summary Arbitration Proceedings: A Comparison Between the English and Dutch Regimes*, in *Arb. Int.*, 2010, 139.

alcuni casi essere cruciale, al fine di evitare pregiudizi irreparabili³⁹⁵. Nell'arbitrato internazionale, come illustrato, le misure cautelari possono essere concesse sia dagli arbitri, sia dai competenti giudici nazionali³⁹⁶; pertanto, in assenza dei primi, è in linea di principio possibile ricorrere ai secondi ai fini di ottenere tutela cautelare³⁹⁷. Ciò, tuttavia, comporta alcuni ben noti problemi: le parti hanno concluso un accordo compromissorio allo specifico fine di evitare le giurisdizioni nazionali ed i loro meccanismi; rivolgersi ad un giudice statale è, da questo punto di vista, un'evidente contraddizione. Inoltre, i giudici statali potrebbero non essere culturalmente tanto imparziali quanto un collegio arbitrale internazionale: l'emissione di una misura cautelare potrebbe alterare l'equilibrio tra le parti. Oltre a ciò, la parte che ricorre al giudice statale rinuncia alla specifica preparazione degli arbitri ed alla confidenzialità del procedimento, due aspetti decisivi nella scelta della via arbitrale. Il periodo precedente alla costituzione del collegio arbitrale è

³⁹⁵ Come sottolineato da Jarvin, "(d)ans l'arbitrage international ne doit-on pas laisser aux arbitres le soin de prendre les mesures provisoires qui sont requises, sans intervention des autorités judiciaires ? Le problème pratique est que la procédure arbitrale n'est pas toujours assez rapide mais surtout qu'il suppose que l'arbitre ait déjà été nommé et ait été saisi du dossier". DERAÏNS - JARVIN, *Chronique des sentences arbitrales*, in *Journal du Droit International*, 1984, 942. Nel medesimo senso BALL, *The Essential Judge: the Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2006, 73, 88; CARLEVARIS, *Commento all'art. 23*, in in BRIGUGLIO – SALVANESCHI (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale – Commentario*, Milano, 2005, 403.

³⁹⁶ Convenzione Europea sull'Arbitrato Commerciale Internazionale del 1961, 484 U.N.T.S. 349 (N. 7041), art. VI(4); v. FOUCHARD – GAILLARD - GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Parigi, 1996, 723; COUCHEZ, *Référé et arbitrage. Essai de bilan... provisoire*, in *Rev. Arb.*, 1986, 155.

³⁹⁷ In *Discount Trophy & Co. v. Plastic Dress-Up Co.*, 2004 US Dist LEXIS 2659, la Corte federale del Southern District of New York sottolinea come il giudice abbia sia il potere che il dovere di conoscere di istanze cautelari proposte mentre pende il procedimento arbitrale, indipendentemente dalla circostanza che, in base al regolamento arbitrale prescelto, la tutela cautelare possa essere impartita *pendente lite* anche dagli arbitri.

potenzialmente pericoloso non solo per le parti ed i loro diritti, ma anche per l'arbitrato ed il suo scopo: l'intrusione di una giurisdizione nazionale, finalizzata ad evitare danni irreparabili ai diritti che le parti sostengono di avere, rischia di tradursi in un pregiudizio al diritto processuale delle parti stesse, a vedere la loro controversia decisa esclusivamente da un organo di giustizia privata, capace di garantire un adeguato livello di preparazione in un ambiente confidenziale e culturalmente neutrale³⁹⁸.

Queste considerazioni forniscono una prima idea dell'importanza dei poteri cautelari degli arbitri. Detti poteri, dal lato opposto, sollevano alcuni problemi: fornire tutela cautelare è nella maggior parte dei casi impossibile, senza svolgere alcuna valutazione sommaria sulla ragione e sul torto dei contendenti. Ciò potrebbe, teoricamente, condurre ad un'anticipazione del giudizio sul merito della controversia, con conseguente violazione dei doveri di imparzialità degli arbitri: Le pronunce della London Court of International Arbitration in tema di ricusazione, di recente pubblicazione³⁹⁹, offrono alcuni spunti estremamente interessanti in questo senso.

In alcuni casi le misure cautelari possono essere concesse senza necessità di cognizione sul merito della controversia: ad esempio, quando esse sono finalizzate a preservare la prova, non c'è bisogno di svolgere alcuna valutazione sulle situazioni sostanziali delle parti coinvolte. In altri casi, tuttavia, tale cognizione non può essere elusa: si tratta di un'ipotesi assai più delicata, perché la valutazione sommaria ha, in una certa misura, lo stesso oggetto del giudizio finale. Ovviamente, la circostanza che questo tipo di cognizione sia necessario al fine di decidere sull'istanza cautelare non è sufficiente a fondare un'apparenza di parzialità dell'autorità giudicante: come

³⁹⁸ BESSON, *Arbitrage International et mesures provisoires – Etude de droit comparé*, Zurigo, 1998, 56.

³⁹⁹ In *Arb. Int.*, 2011, 27, 3.

sottolineato da *Amec Capital*⁴⁰⁰, è necessario che vi siano circostanze di particolare rilievo, affinché un osservatore equidistante ed informato concluda nel senso di una carenza di obiettività ed equidistanza dell'organo giudicante.

Gli arbitri, in ogni caso, fanno di solito un uso cauto dei loro poteri cautelari, ogniqualvolta l'esercizio di tali poteri coinvolga un giudizio sullo stesso oggetto che sarà deciso nel lodo, al fine di evitare qualsivoglia apparenza di parzialità⁴⁰¹.

A volte, non solo la decisione sull'istanza cautelare comporta un giudizio sul merito della controversia, ma addirittura la misura che una delle parti richiede è la stessa che gli arbitri avrebbero il potere di concedere con il lodo finale⁴⁰². La situazione è particolarmente delicata: gli arbitri devono esprimere un qualche giudizio sul merito della controversia ed anticipare parzialmente la loro decisione⁴⁰³. Ciò, tuttavia, non costituisce di per sé motivo di rikusazione: come sottolineato in una decisione LCIA⁴⁰⁴, l'espressione di un giudizio provvisorio e sommario su un particolare problema, nel contesto di un'ordinanza, non equivale all'intenzione di privare una delle parti della successiva possibilità di esperire le proprie difese sul punto con pienezza di poteri nel giudizio a cognizione piena.

⁴⁰⁰ *Amec Capital Projects Ltd. v Whitefriars City Estates Ltd.*, [2004] EWCA Civ. 1418.

⁴⁰¹ LEW, *Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*, in *ICC Int'l Ct Arb. Bull.*, 2000, 11(1), § 30; MUSTILL - BOYD, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Londra, 2^a ed., 1989, 253-254.

⁴⁰² LEW – MISTELIS - KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, 603.

⁴⁰³ *LCIA Reference No. 81007/81008/81024/81025, Decision Rendered 16 June 2008*, in *Arb. Int'l*, 2011, 27, 425: “(w)here parties have not restricted the powers of the Tribunal to make provisional orders, it would be difficult to envisage circumstances in which a Tribunal would make use of its power in granting what might otherwise be regarded as relief normally reserved for a final award, without forming some provisional view of the merits”.

⁴⁰⁴ *LCIA Reference No. 3488, Decision rendered 11 July 2007*, in *Arb. Int'l*, 2011, 27, 413.

Questa affermazione deve essere spiegata alla luce del concetto di cosa giudicata. Stando alla motivazione della pronuncia in questione, la concessione di una misura cautelare, anche qualora comporti un giudizio sommario sul merito della controversia, non priva alcuna delle parti della successiva piena attuazione del principio del contraddittorio; pertanto, emettere misure cautelari non può mai costituire un'anticipazione del giudizio, ovvero la decisione su una questione rilevante senza aver dato a ciascuna parte la possibilità di spiegare compiutamente le proprie difese. Questa parte della motivazione riflette un'accezione formale del concetto di anticipazione del giudizio: gli arbitri possono formare ed esprimere un'opinione prima del lodo, ma non ne sono vincolati; la decisione finale può assumere una forma diversa, in base ai risultati del procedimento a cognizione piena. In altre parole, l'espressione di un giudizio sommario non ingenera rilevanti sospetti di parzialità, perché il provvedimento non ha efficacia di giudicato e può essere interamente rivisto e modificato⁴⁰⁵.

Dal lato opposto, è ragionevole ritenere che spesso i contenuti del lodo saranno gli stessi dell'ordinanza cautelare, specialmente quando l'attività istruttoria e le difese siano una mera ripetizione di quanto accaduto in precedenza. La circostanza che la prima decisione non abbia autorità di cosa giudicata non implica che gli arbitri debbano ignorarla nelle fasi successive del procedimento: la motivazione adottata dagli arbitri al fine di decidere sull'istanza cautelare influenzerà senza dubbio la decisione finale, nel caso in cui le domande formulate dalle parti siano essenzialmente le medesime⁴⁰⁶. Nondimeno, la decisione in materia cautelare non costituisce un'anticipazione

⁴⁰⁵ In modo simile, il Codice di Procedura Civile francese stabilisce all'art. 488: '*(l)'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée*'; il regolamento del *référé* (v. *infra*, III) si basa in larga parte sul modello del *Juge des référés*.

⁴⁰⁶ L'introduzione al regolamento del *référé* riconosce espressamente la stretta relazione tra ordinanza cautelare e lodo finale: '*the order should (...) provide a temporary resolution of the dispute and may lay the foundations for its final settlement either by agreement or otherwise*'.

del giudizio, purché gli arbitri affrontino il giudizio a cognizione piena con imparzialità o, in altri termini, contemplino la possibilità che la loro opinione possa cambiare a seguito della piena esplicazione delle difese da parte di attore e convenuto. Pertanto, il giudizio in materia cautelare ha carattere provvisorio non solo perché esso non è vincolante per gli arbitri nelle successive fasi del procedimento (significato formale), ma anche perché gli arbitri affrontano con imparzialità il giudizio a cognizione piena, potenzialmente suscettibile di condurre ad una decisione finale di segno diverso (significato extraformale).

Il carattere provvisorio della decisione implica che ciò che è stabilito nell'ordinanza cautelare sarà nuovamente preso in considerazione dagli arbitri nel lodo finale; in altri termini, nel prendere la loro decisione finale, gli arbitri devono tenere in considerazione i contenuti dell'ordinanza cautelare. È perciò necessario collocare l'ordinanza cautelare in una prospettiva processuale e considerare le conseguenze di una decisione di un'autorità giudiziaria statale in materia cautelare. Uno dei rischi principali è che il coinvolgimento di un giudice statale comporti una variazione del diritto applicabile alla controversia: quando gli arbitri prendono decisioni in materia cautelare, fanno riferimento anzitutto a fonti internazionali, che assicurano uniformità di giudizio ed equidistanza tra le differenti legislazioni nazionali⁴⁰⁷. I giudici statali, dal lato opposto, sono necessariamente ed esclusivamente vincolati dalla *lex fori*: una decisione cruciale sui diritti delle parti potrebbe essere governata da regole che sono diverse da quelle che la parti hanno pattuito di applicare e, soprattutto, non assicurano alcuna uniformità di tutela⁴⁰⁸. Il provvedimento che gli arbitri potrebbero emettere, in base alle fonti

⁴⁰⁷ BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2009, 2^a ed., 1978.

⁴⁰⁸ Un argomento simile è utilizzato in *Cooper v. Ateliers de la Motobécane*, S.A. 57 N.Y.2d 408, 411-12, 442 N.E.2d 1240-41, 456 N.Y.S.2d 729-30 (1982).

internazionali, se il collegio fosse costituito, potrebbe essere soggetto a differenti parametri e condizioni, in base alle leggi dello Stato il cui giudice le parti hanno adito, attesa la momentanea assenza dell'organo giudicante privato.

Di conseguenza, il collegio potrebbe dover avere a che fare con un "corpo estraneo": un'ordinanza cautelare emessa in conformità ad una legge potenzialmente diversa da quella che deve essere applicata nella decisione finale e difforme dagli standard internazionali ampiamente adottati in materia cautelare. Inoltre, le leggi nazionali ed i giudici dello Stato non sempre adottano le cautele proprie degli arbitri, nel decidere su istanze cautelari: la decisione potrebbe di fatto condurre ad un'anticipazione del giudizio e quindi compromettere l'ulteriore prosecuzione della procedura arbitrale. L'istituto del *référé-provision*, proprio degli ordinamenti di Francia e Paesi Bassi⁴⁰⁹, è emblematico: l'esistenza di un patto compromissorio non esclude la giurisdizione dell'autorità giudiziaria statale, la quale può ordinare l'effettuazione di un pagamento nei confronti di un creditore la fondatezza della cui pretesa è considerata non seriamente dubitabile⁴¹⁰. La procedura descritta coinvolge spesso una decisione provvisoria dell'intera controversia, con evidenti rischi di anticipazione del giudizio e con conseguente violazione sia dell'accordo compromissorio, sia della Convenzione di New York⁴¹¹. In questi casi, il "corpo estraneo" con cui gli arbitri hanno a che fare è particolarmente pericoloso, considerato che esso comporta una violazione della volontà delle parti di devolvere la controversia in arbitri e che potrebbe

⁴⁰⁹ Codice di Procedura Civile francese, Artt. 809(2), 873(2); Codice di Procedura Civile Olandese, Art. 289.

⁴¹⁰ Cour de Cassation civ. 2e, 18 luglio 1986, in *Rev. Arb.*, 1986, 565; Cour de Cassation civ. 3e, 9 luglio 1979, in *Rev. arb.*, 1980, 78.

⁴¹¹ BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., 2009.

condurre ad un esplicito conflitto tra la decisione degli arbitri e quella dell'autorità statale sul merito della controversia.

Queste considerazioni dimostrano l'importanza dei tentativi di ridurre la "zona grigia" nella quale le parti non hanno altra scelta che ricorrere ai giudici statali per ottenere tutela cautelare.

6.2 Le esigenze cautelari nel quadro dei procedimenti amministrati speciali

Come illustrato⁴¹², i regolamenti d'arbitrato amministrato presentano diversi rimedi ai problemi derivanti dal ritardo nella nomina degli arbitri: le procedure di arbitrato di urgenza, la formazione accelerata del tribunale arbitrale, le procedure semplificate e l'arbitrato *fast track*. Si sono già presi in considerazione i rimedi "imparziali", ovvero quelli finalizzati a garantire genericamente la celerità della procedura⁴¹³. È a questo punto necessario, nell'ambito dell'analisi sul ruolo dei regolamenti di arbitrato amministrato nel campo della tutela cautelare, analizzare i rimedi "parziali", specificamente miranti alla riduzione del lasso di tempo necessario alla costituzione del tribunale arbitrale, al fine dell'emissione di una misura cautelare in favore di uno dei litiganti. Le procedure di formazione accelerata non pongono particolari problemi: l'istituzione si limita a contrarre i termini per la formazione dell'organo giudicante, ma non interviene in altro modo sull'ordinario andamento del procedimento⁴¹⁴. Nell'ambito dell'arbitrato d'urgenza, invece, merita una particolare attenzione la nuova procedura di arbitrato d'urgenza inserita nel 2012 nel regolamento della Camera di Commercio Internazionale.

⁴¹² V. *supra*, Parte II Cap. 3.

⁴¹³ V. *supra*, Parte II Cap. 3 § 3.1.

⁴¹⁴ Regolamento di arbitrato LCIA, art. 9; Regolamento di arbitrato DIAC, art. 12.

Nel 1990, la Camera di Commercio Internazionale ha introdotto la procedura del *référé pre-arbitral*, “al fine di consentire alle parti che hanno espresso il loro consenso in tal senso di ricorrere ad un soggetto (il *référé*) dotato del potere di emettere un’ordinanza pensata per risolvere il problema urgente in questione”⁴¹⁵.

Questa definizione introduttiva pone in rilievo alcuni concetti di base: si tratta di una procedura di arbitrato di urgenza che richiede un consenso specifico e si applica pertanto alle parti che hanno esplicitamente acconsentito ad adottarla⁴¹⁶: tale caratteristica è probabilmente da considerarsi come la ragione principale del limitato numero di casi in cui la procedura è stata usata. I casi di *référé pré-arbitral* esistenti, comunque, forniscono alcuni importanti principi, che si applicano anche alla nuova procedura dell’*emergency arbitrator*.

L’*emergency arbitrator* recentemente introdotto nel regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale deriva dal *référé* del

⁴¹⁵ Introduction to the Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure, traduzione non ufficiale. La procedura del *référé pré-arbitral* è stata sviluppata da un gruppo di lavoro formato dalla Camera di Commercio Internazionale nel 1980: v. ICC Doc. 420/249.

⁴¹⁶ GAILLARD, *ICC Pre-Arbitral Referee: A Procedure Into Its Stride* in NYLJ, 5 ottobre 2006, 3; GARAUD - DE TAFFIN, *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*, in *ICC Int’l Ct Arb. Bull.*, 2005, 16(1), 33; TERCIER, *Le référé pré-arbitral*, in *ASA Bull.*, 2004, 22, 464; GAILLARD - PINSOLLE, *The ICC Pre-Arbitral Referee: first practical experiences*, in *Arb. Int’l*, 2004, 20, 13; HANOTIAU, *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee procedure*, in *Int. Arb. L. R.*, 2003, 6, 75; GAILLARD, *First International Chamber of Commerce Pre-Arbitral Referee Decision*, in NYLJ, 7 febbraio 2002; CRAIG - PARK – PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, Dobbs Ferry, 3^a ed., 2000, 706; HAUSMANINGER, *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?*, in *ICSID Rev. – For. Inv. L. J.*, 1992, 7, 82; ARNALDEZ - SCHAFER, *Le Reglement de référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1990)*, in *Rev. Arb.*, 1990, 835; RUBINO SAMMARTANO, *Il Référé Arbitral*, in *Foro Padano*, 1982, 35; DERAIS, *Technical expertise and référé arbitral*, in *Rev. Arb.*, 1982, 239.

1990: i due corpi di norme hanno caratteri di forte similarità. La nuova procedura, tuttavia, sostituisce il sistema di *opt-in* del *référé* con un nuovo sistema di *opt-out* o silenzio-assenso: la procedura si applica a tutte le parti che concludono una procedura di arbitrato ai sensi del regolamento ICC a partire dal 1 gennaio 2012⁴¹⁷, a meno che esse non abbiano esplicitamente previsto l'esclusione di tali regole⁴¹⁸. Il nuovo regolamento della Camera di Commercio Internazionale, pertanto, supera il vecchio modello, nel quale la tutela cautelare precedente alla costituzione del collegio arbitrale si fondava su di una base regolamentare e sull'esplicito consenso delle parti, ed introduce una nuova cornice, nella quale le disposizioni regolamentari conferiscono poteri impliciti ad uno speciale arbitro d'urgenza, a meno che il patto compromissorio contenga previsioni difformi.

La tendenza delle parti ad includere una clausola standard nei contratti, senza alcuna manipolazione⁴¹⁹, ha ostacolato la diffusione e l'applicazione

⁴¹⁷ Il regolamento di arbitrato della Camera di Commercio di Stoccolma adotta una regola diversa: in presenza di un qualsiasi patto compromissorio che faccia riferimento al regolamento, si presume retroattivamente che le parti abbiano acconsentito all'applicazione della versione del regolamento in vigore al momento della presentazione della domanda di arbitrato o dell'istanza di nomina di un arbitro d'urgenza. Il regolamento ICC risulta, da questo punto di vista, maggiormente rispettoso del consenso delle parti.

⁴¹⁸ La Camera di Commercio Internazionale ha pubblicato un nuovo modello di clausola compromissoria, che esclude l'applicazione delle norme in commento: '(a) *All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The Emergency Arbitrator Provisions shall not apply*'.

⁴¹⁹ Prima dell'insorgere di una controversia la maggior parte dei soggetti che concludono un contratto non può, probabilmente, avere percezione dell'importanza di poter ottenere tutela cautelare innanzi ad un'autorità arbitrale. Inoltre, le parti contrattuali sembrano essere più disponibili a fare concessioni in ordine alla selezione di regole di procedura aggiuntive, piuttosto che in ordine ad altri elementi fondamentali dell'accordo (ad es. confidenzialità, lingua, *disclosure*): v. *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, 7, disponibile su <http://www.arbitrationonline.org>. Sull'importanza delle clausole-tipo negli accordi compromissori v. *IBA Guidelines for Drafting*

pratica del *référé*; per la stessa ragione, è possibile immaginare che le nuove regole sull'*emergency arbitrator* troveranno un più ampio bacino d'utenza. È presto per stabilire se il cambio di prospettiva possa condurre ad una modificazione del modo in cui la tutela cautelare anteriore alla costituzione del tribunale arbitrale è interpretata nella pratica; tuttavia, l'analisi del nuovo regolamento e la comparazione con l'esperienza del *référé* forniscono alcuni interessanti spunti in materia di tutela cautelare nell'ambito dell'arbitrato amministrato dalla Camera di Commercio Internazionale.

6.3 L'arbitro d'urgenza nel nuovo regolamento della Camera di Commercio Internazionale

(a) Poteri concorrenti dell'emergency arbitrator e del giudice dello Stato

A partire dal momento della trasmissione del fascicolo, il tribunale arbitrale è dotato del potere di emettere qualsivoglia misura cautelare, anticipatoria o conservativa, esso ritenga opportuna⁴²⁰. Nondimeno, anche a seguito della trasmissione, le parti conservano il potere di ricorrere al competente giudice statale per ottenere tutela cautelare, qualora ricorrano circostanze appropriate⁴²¹. Il riferimento alle "circostanze appropriate" riflette una relazione di sussidiarietà tra il giudice dello Stato ed il tribunale arbitrale, una volta che il fascicolo sia stato trasmesso: la tutela cautelare può essere richiesta al tribunale arbitrale nominato (a meno che la parti abbiano stipulato una pattuizione di segno contrario) o, se le circostanze suggeriscono l'appropriatezza dell'iniziativa (per esempio, se la misura cautelare coinvolge

International Arbitration Clauses, Guideline 2, disponibile su <http://www.ibanet.org> e FRIEDLAND, *Arbitration Clauses for International Contracts*, 2^a ed., Huntington, 2007, 1.

⁴²⁰ Regolamento d'arbitrato ICC, art. 28(1).

⁴²¹ Regolamento d'arbitrato ICC, art. 28(2).

la posizione di un terzo estraneo al patto compromissorio), alla competente autorità giudiziaria nazionale.

Prima della trasmissione del fascicolo, invece, le parti sono libere di rivolgersi al giudice dello Stato, al fine di ottenere tutela cautelare⁴²²; tuttavia, la parte che abbia bisogno di una tutela urgente, che non può attendere la costituzione del tribunale arbitrale, può anche avvalersi della procedura di *emergency arbitrator* contenuta nel regolamento arbitrale⁴²³. Il regolamento ICC in questo contesto non fa menzione del requisito delle “circostanze appropriate”: pertanto, in questa fase prodromica, i giudici dello Stato e l’arbitro di emergenza hanno poteri cautelari concorrenti.

(b) Applicazione delle regole: la procedura dell’emergency arbitrator ed i terzi non firmatari del patto compromissorio

Gli artt. 29(1)-29(4) e l’appendice V del nuovo regolamento ICC, in materia di *emergency arbitrator*, si applicano solo alle parti firmatarie del patto compromissorio a cui l’istanza cautelare fa capo o ai successori di tali parti firmatarie⁴²⁴. Anzitutto, questa norma esclude i casi in cui un terzo non firmatario debba essere coinvolto nel procedimento cautelare: in tutte queste ipotesi, la parte che necessita della misura non avrà altra scelta che rivolgersi al giudice dello Stato. Ciò costituisce una basilare applicazione del principio consensualistico che fonda il fenomeno arbitrale: i soggetti che non hanno sottoscritto il patto compromissorio non possono essere coinvolti, in linea di principio, né nella procedura principale né in quella di emergenza. La norma, tuttavia, ha anche significati più sottili.

⁴²² Regolamento d’arbitrato ICC, art. 28(2).

⁴²³ Regolamento d’arbitrato ICC, art. 29(1).

⁴²⁴ Regolamento d’arbitrato ICC, art. 29(5).

La precedente versione del regolamento ICC non conteneva alcuna norma sulle domande rivolte nei confronti di terzi estranei al patto compromissorio⁴²⁵; nel nuovo regolamento, l'art. 9 prevede che le domande derivanti da o connesse con più di un contratto possono dare luogo ad un unico arbitrato, indipendentemente dalla circostanza che esse si basino su uno o su più di un patto compromissorio. Il nuovo regolamento, pertanto, adotta un punto di vista pragmatico, in base al quale un unico arbitrato è, in linea di principio, possibile anche se vengono in rilievo più accordi compromissori; pertanto, due soggetti che non hanno firmato il medesimo patto possono entrare a far parte di uno stesso processo arbitrale ed essere vincolati, all'esito, da un unico lodo. Nella procedura dell'*emergency arbitrator*, tale possibilità non è contemplata: le domande cautelari possono essere formulate esclusivamente contro la parte o le parti che hanno firmato lo specifico patto compromissorio su cui l'istanza si basa, o contro i loro successori. La ragione di tale differenza deve rinvenirsi nel controllo *prima facie* svolto dalla Corte in base all'art. 6.

Ogniquale volta una parte contro cui è stata formulata una domanda non si costituisce, oppure solleva una o più eccezioni concernenti l'esistenza, la validità o lo scopo del patto compromissorio, o la possibilità di svolgere un unico arbitrato su una pluralità di domande⁴²⁶, il Segretario generale può rimettere la questione alla Corte. In questi casi, la Corte svolge un controllo *prima facie*, al fine di deliberare in ordine all'esistenza di un patto compromissorio per arbitrato ICC⁴²⁷. In particolare, quando le domande sono formulate sulla base di più di un patto compromissorio, l'arbitrato procede con riferimento alle domande che sono state formulate sulla base di patti

⁴²⁵ Per un'analisi della precedente pratica, sotto la vigenza del regolamento del 1998, v. BREKOULAKIS, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford, 2010, 109.

⁴²⁶ Regolamento d'arbitrato ICC, art. 6(3).

⁴²⁷ Regolamento d'arbitrato ICC, art. 6(4)(ii).

compromissori tra loro compatibili e che le parti hanno acconsentito a trattare insieme in un unico procedimento arbitrale.

Nella procedura d'urgenza in commento, il controllo *prima facie* descritto all'art. 6 è sostituito da un controllo semplificato svolto dal Presidente della Corte⁴²⁸, basato sulle informazioni contenute nell'istanza cautelare e mirato esclusivamente a controllare il rispetto delle condizioni elencate agli artt. 29(5)-29(6)⁴²⁹. La *ratio* di questo controllo semplificato risiede nella necessità di combinare una valutazione delle circostanze descritte nella domanda con la speditezza della procedura. Pertanto, quando una parte necessita di una misura cautelare coinvolgente un altro soggetto che non ha sottoscritto il medesimo patto compromissorio, la tutela deve necessariamente essere richiesta al giudice dello Stato.

Le stesse ragioni di semplificazione giustificano l'esclusione di quelle parti non firmatarie che potrebbero essere coinvolte in un arbitrato ICC in base alla teoria dell'*implied consent* o ad altre teorie di estensione dell'ambito soggettivo dell'accordo compromissorio. Considerate le incertezze di tali situazioni, l'art 29(5) esclude esplicitamente tali soggetti dall'applicazione degli artt. 29(1)-29(4) e dell'appendice V. Inoltre, la procedura *dell'emergency arbitrator* non si applica alle parti che hanno espresso il loro consenso alla via arbitrale in un trattato o in una legge statale⁴³⁰, anziché mediante una clausola compromissoria.

⁴²⁸ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 1(5).

⁴²⁹ V. *infra*.

⁴³⁰ Sul consenso all'arbitrato espresso in trattati e leggi domestiche v. ANDREEVA, *Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State: A Case Against Conventions*, in *Arb. Int'l*, 2011, 27, 129; POTESTÀ, *The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws*, in *Arb. Int'l*, 2011, 27, 149; DOUGLAS, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in *British YB Int'l L*, 2003, 74, 151.

(c) *Istanze cautelari e controllo prima facie*

Le parti devono presentare le loro istanze alla Segreteria della Camera di Commercio, in un numero di copie pari al numero delle parti⁴³¹. Il contenuto dell'istanza⁴³² è, per molti versi, identico a quello previsto nel regolamento del *référé*⁴³³: è necessario indicare nome, descrizione e dettagli delle parti, oltre ad una descrizione della misura cautelare richiesta ed una spiegazione delle ragioni su cui l'istanza si basa. L'istante deve inoltre indicare ogni accordo negoziale rilevante ed in particolare il patto compromissorio; il regolamento del *référé* richiedeva altresì la produzione di una copia dell'accordo speciale riguardante il procedimento di emergenza, ciò che ovviamente non è necessario nella nuova procedura, caratterizzata dal principio dell'assenso implicito.

Le istanze cautelari possono essere presentate sia prima che dopo l'inizio dell'arbitrato⁴³⁴; pertanto, esse devono contenere una descrizione della controversia sottostante e l'istante deve allegare ogni precedente domanda d'arbitrato nonché ogni altro atto attinente alla controversia presentato da ciascuna delle parti.

Le istanze devono altresì contenere tutti gli accordi concernenti la sede dell'arbitrato, le norme di diritto applicabili o la lingua dell'arbitrato. Nel regolamento del *référé*, le parti possono altresì identificare *ex ante* il soggetto da nominare e l'istante può specificare le qualifiche tecniche e professionali richieste, oltre ai requisiti di nazionalità e di lingua. Si tratta di un'importante differenza tra le due procedure: nella procedura dell'*emergency arbitrator*, le parti non possono nominare l'arbitro, che è scelto dal Presidente della Corte.

⁴³¹ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, artt. 1(1)-1(2).

⁴³² Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 1(3).

⁴³³ Regolamento ICC per la procedura di *référé pré-arbitral*, art. 3.2.2.

⁴³⁴ Si tratta di una differenza fondamentale tra il regolamento ICC ed altri regolamenti: nel regolamento SIAC (Schedule 1(1)), le parti possono dare avvio alla procedura di *emergency arbitrator* solo a seguito di o in concomitanza con la presentazione della domanda d'arbitrato.

L'istante deve altresì fornire prova del pagamento dei costi della procedura⁴³⁵.

Se l'arbitrato non pende al momento della proposizione dell'istanza, l'istante ha l'onere di presentare domanda di arbitrato entro il termine tassativo di dieci giorni; se la Segreteria non riceve tale richiesta, la procedura d'emergenza si estingue, a meno che l'arbitro d'emergenza non stabilisca che la proposizione della domanda richiede un periodo di tempo più lungo.

Come sopra descritto, nel controllo *prima facie* semplificato il Presidente analizza l'applicabilità degli artt. 29(5)-29(6) alla fattispecie prospettata nell'istanza. Una copia dell'istanza e dei documenti ad essa allegati deve essere trasmessa al convenuto se risultano soddisfatte le seguenti condizioni:

- (a) tutte le parti sono firmatarie della convenzione di arbitrato su cui l'istanza si basa o sono successori di tali soggetti firmatari;
- (b) la convenzione d'arbitrato è stata conclusa dopo il 1 gennaio 2012;
- (c) le parti non hanno escluso l'applicazione delle regole in materia di *emergency arbitrator*;
- (d) le parti non hanno convenuto l'applicazione di una diversa procedura di arbitrato d'emergenza.

L'ultima condizione illustra la relazione tra *l'emergency arbitrator* ed il *référé*: le due procedure coesistono e l'una non esclude l'altra. Da questo punto di vista, le parti contraenti hanno tre diverse opzioni: in primo luogo, possono sottoscrivere un normale patto compromissorio ICC, ciò che è sufficiente a conferire all'arbitro di emergenza il potere di emettere misure cautelari. In secondo luogo, esse possono sottoscrivere un patto compromissorio ICC ma escludere l'applicabilità del procedimento dell'*emergency arbitrator*: in questo caso, la tutela cautelare può essere impartita esclusivamente dall'autorità giudiziale statale. In terzo luogo, esse

⁴³⁵ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 7.

possono sottoscrivere sia un patto compromissorio ICC, sia una speciale pattuizione con la quale prevedono l'applicazione del procedimento del *référé* o di qualsiasi altro regolamento di arbitrato d'emergenza. La terza opzione, per quanto probabilmente infrequente, potrebbe essere utile in alcuni casi di contratti di lunga durata: le parti potrebbero scegliere il *référé* o specificare dettagliatamente i suoi requisiti, così da ottenere, ove necessario, tutela cautelare da parte di un soggetto nel quale entrambe ripongono fiducia.

Se le condizioni richieste non sono soddisfatte, la Segreteria informa le parti che il procedimento non può avere luogo e trasmette loro una copia dell'istanza per conoscenza. Lo scopo di tale trasmissione è di evitare ogni tipo di comunicazione unilaterale⁴³⁶ con la Corte: anche quando l'*emergency arbitrator* non è chiamato ad assumere alcuna decisione, tutte le parti sono informate in ordine ai contenuti dell'istanza⁴³⁷.

(d) *Nomina e ricusazione dell'emergency arbitrator*

Se le condizioni previste agli artt. 29(5)-29(6) risultano soddisfatte, il Presidente deve nominare l'*emergency arbitrator* appena possibile (normalmente entro due giorni dalla ricezione dell'istanza da parte della Segreteria)⁴³⁸. Il Presidente non può nominare un arbitro d'emergenza a seguito della trasmissione del fascicolo al tribunale arbitrale⁴³⁹; una volta nominato, l'arbitro conserva il potere di emettere l'ordinanza cautelare entro i limiti di tempo previsti dall'art. 6(4)⁴⁴⁰. A differenza del regolamento del *référé*⁴⁴¹, il regolamento dell'*emergency arbitrator* non fa esplicita menzione di requisiti tecnici, professionali o di altra natura da tenere in considerazione

⁴³⁶ Sul rapporto tra comunicazioni unilaterali ed arbitrato *infra*, IV.

⁴³⁷ Sul problema della tutela cautelare *inaudita altera parte* v. *infra*, IV(b).

⁴³⁸ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 2(1).

⁴³⁹ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 2(2).

⁴⁴⁰ Normalmente 15 giorni; v. *infra*.

⁴⁴¹ Regolamento ICC per la procedura di *référé pré-arbitral*, art. 4.2.

al momento della nomina; ciononostante, è evidente che il Presidente considererà tali aspetti nella propria scelta. La decisione del Presidente, comunque, non si basa su un accordo esplicito sottoscritto dalle parti, ma sulle circostanze che emergono dall'istanza e dai documenti allegati.

La Segreteria notifica la nomina alle parti e trasmette il fascicolo all'arbitro; da questo momento in poi, tutte le comunicazioni scritte devono essere inviate direttamente all'arbitro, con una copia per l'altra parte ed una per la Segreteria. Le comunicazioni scritte provenienti dall'arbitro, invece, devono essere inviate alla Segreteria⁴⁴². La ragione di questa differenza deve essere trovata nella necessità di trovare un equilibrio tra speditezza ed imparzialità: da un lato, le parti possono comunicare direttamente con l'arbitro e portarlo immediatamente a conoscenza di qualsivoglia circostanza rilevante concernente l'istanza cautelare. Dal lato opposto, l'arbitro non invia le proprie comunicazioni scritte alle parti, in modo da evitare disparità di trattamento ed apparenti parzialità.

Prima di essere nominato, l'arbitro *in pectore* deve sottoscrivere una dichiarazione di accettazione, disponibilità⁴⁴³, imparzialità e indipendenza⁴⁴⁴. L'arbitro deve rimanere imparziale ed indipendente⁴⁴⁵ e non può svolgere funzioni di arbitro in alcun altro arbitrato correlato alla controversia che ha dato origine all'istanza cautelare⁴⁴⁶: questa regola mira, con tutta evidenza, a preservare l'imparzialità extra-formale del nominando tribunale arbitrale, i cui

⁴⁴² Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 2(3).

⁴⁴³ La disponibilità, particolarmente importante in una procedura d'urgenza, è stata recentemente inclusa nella dichiarazione standard che la Camera di Commercio Internazionale sottopone agli arbitri per sottoscrizione, al fine di incoraggiare un atteggiamento di attenzione e trasparenza. Il documento è disponibile su http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/News/2010/January_SAAI.pdf. Sul punto v. in dettaglio *supra*, Parte II Cap. 2.

⁴⁴⁴ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 2(5).

⁴⁴⁵ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 2(4).

⁴⁴⁶ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 2(6).

membri matureranno il proprio convincimento senza essere influenzati dal giudizio provvisorio svolto in sede cautelare.

Se una parte intende ricusare l'arbitro, deve farlo entro tre giorni dalla notifica della nomina o dal momento in cui la parte è venuta a conoscenza dei fatti e delle circostanze su cui la ricusazione si basa. L'art. 3(1) dell'appendice V non specifica le ragioni per le quali l'*emergency arbitrator* potrebbe essere ricusato; ciononostante, le circostanze dovrebbero essere le stesse che potrebbero costituire motivo di ricusazione di qualsiasi arbitro ai sensi dell'art. 14 del regolamento⁴⁴⁷.

La Segreteria deve offrire all'arbitro ed all'altra parte (o parti) un'opportunità di formulare osservazioni scritte entro un termine ragionevole; dopodiché, la decisione sulla ricusazione spetta alla Corte⁴⁴⁸.

(e) Procedimento e sede

L'arbitro di emergenza deve redigere un calendario del procedimento nel più breve tempo possibile (normalmente due giorni dalla trasmissione del fascicolo)⁴⁴⁹. L'appendice V non contiene disposizioni di marca strettamente procedimentale: l'arbitro è libero di condurre il procedimento nella maniera che ritiene più appropriata, tenendo in considerazione la natura e l'urgenza dell'istanza⁴⁵⁰.

Le regole *dell'emergency arbitrator* sono, dal punto di vista processuale, significativamente diverse da quelle del *référé*: ai sensi dell'art.

⁴⁴⁷ Ai sensi dell'art. 8(3) dell'appendice V, in tutte le questioni concernenti il procedimento per le quali non vi sia una disposizione specifica, la Corte, il Presidente e l'arbitro devono agire nello spirito del regolamento e dell'appendice; pertanto, gli stessi principî che si applicano a qualsiasi tribunale arbitrale dovrebbero trovare applicazione anche con riferimento all'*emergency arbitrator*.

⁴⁴⁸ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 3(2).

⁴⁴⁹ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 5(1).

⁴⁵⁰ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 5(2).

3.2 del regolamento del *référé*, l'istante deve notificare la richiesta all'altra parte, mentre nella procedura in commento l'istanza è trasmessa al convenuto dalla Segretaria ai sensi dell'art. 1(5). Inoltre, nel regolamento del *référé*, il convenuto deve costituirsi entro otto giorni dalla ricezione dell'istanza⁴⁵¹; ai sensi delle regole di nuovo conio, i meccanismi procedurali sono rimessi interamente alla determinazione dell'arbitro, che deve, in ogni caso, agire con equità ed imparzialità ed assicurare a ciascuna delle parti una ragionevole opportunità di esporre le proprie ragioni⁴⁵². La procedura dell'*emergency arbitrator* è, sotto questo aspetto, più flessibile; l'arbitro, in ogni caso, deve essere estremamente attento nell'esercizio dei propri poteri procedurali ed evitare violazioni del principio del contraddittorio.

Aderendo alle regole del *référé*, le parti si assumono l'obbligo di fornire ogni strumento necessario allo svolgimento della procedura e, in particolare, di produrre tutti i documenti che il *référé* possa ritenere necessari e di consentire libero accesso ad ogni luogo a fini di ispezione e ricerca⁴⁵³. Il regolamento dell'*emergency arbitrator* non contiene una disposizione analoga: la ragione di questa differenza è probabilmente da ricercarsi nel passaggio da una prospettiva di consenso espresso, nella quale le parti manifestano attivamente la volontà di applicare il regolamento, ad una prospettiva di silenzio-assenso, in cui le parti si limitano a non escludere l'applicazione del regolamento e dunque non si sottomettono espressamente all'autorità dell'*emergency arbitrator*. Nondimeno, l'arbitro è sicuramente dotato di tutti i poteri necessari a stabilire i fatti rilevanti, entro i limiti dettati da appropriatezza, equità ed imparzialità, in modo non dissimile da quanto avviene per il *référé*. In questo contesto, l'appropriatezza ha un rilievo particolare: tale parametro è richiamato sia dal regolamento dell'*emergency*

⁴⁵¹ Regolamento ICC per la procedura di *référé pré-arbitral*, art. 3.4.

⁴⁵² Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V., art. 5(2).

⁴⁵³ Regolamento ICC per la procedura di *référé pré-arbitral*, art. 5.4.

*arbitrator*⁴⁵⁴, sia dal regolamento del *référé*⁴⁵⁵. Mentre l'appendice V del nuovo regolamento ICC non specifica l'estensione dei poteri di cui l'arbitro può fare uso se le circostanze risultano appropriate, il regolamento del *référé* contiene una lista di esempi, comprensiva di attività quali l'ispezione di luoghi rilevanti, lo svolgimento di una consulenza tecnica o l'assunzione di informazioni da parte di soggetti che abbiano una qualche connessione con la controversia. Atteso che il compito dell'*emergency arbitrator* è essenzialmente coincidente con quello del *référé*, non v'è motivo di distinguere tra i poteri dei due dal punto di vista dell'estensione dei poteri istruttori: pertanto, sebbene l'appendice V non contenga una regola sovrapponibile a quella dell'art. 5.4 del regolamento del *référé*, l'arbitro di emergenza deve ritenersi dotato di poteri analoghi e le parti hanno un corrispondente obbligo di *disclosure* e di collaborazione in ogni fase del procedimento.

Complessivamente, da un lato la nuova procedura è meno strutturata di quella del *référé*, considerato che non c'è alcuna norma specifica in materia di costituzione del convenuto e tutte le questioni procedurali sono stabilite dall'arbitro; dal lato opposto, i poteri istruttori rimangono essenzialmente gli stessi.

Se le parti hanno stabilito convenzionalmente la sede dell'arbitrato, essa è anche la sede del procedimento d'urgenza. Se tale accordo è assente, il Presidente fissa la sede, senza che ciò sia vincolante per la Corte in sede di determinazione della sede dell'arbitrato, ai sensi dell'art. 18(1) del regolamento⁴⁵⁶. In ogni caso, la sede del procedimento non coincide necessariamente con il luogo in cui si svolgono le udienze: l'arbitro può

⁴⁵⁴ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 5(2).

⁴⁵⁵ Regolamento ICC per la procedura di *référé pré-arbitral*, art. 5.3.

⁴⁵⁶ Regolamento ICC per la procedura di *référé pré-arbitral*, art. 4.1.

incontrare le parti in qualsiasi luogo consideri appropriato e può fare uso di videoconferenza, telefono o altri analoghi mezzi di comunicazione⁴⁵⁷. L'appropriatezza del mezzo, in questo contesto, deve essere valutata bilanciando l'urgenza e la natura della comunicazione.

(f) *Ordinanza*

La decisione dell'arbitro ha la forma dell'ordinanza motivata, scritta, datata e firmata; l'arbitro conosce della propria competenza e dell'ammissibilità dell'istanza ai sensi dell'art. 29(1)⁴⁵⁸.

L'art. 6(4) fissa un termine molto stretto: l'ordinanza deve essere emessa entro quindici giorni dalla trasmissione del fascicolo all'arbitro. Pertanto, l'arbitro deve fissare un calendario del procedimento che consenta alle parti di esporre le proprie posizioni ma al tempo stesso permetta di giungere ad una decisione motivata in un lasso di tempo molto limitato. Il Presidente può prorogare tale termine di sua iniziativa o a seguito di una richiesta motivata da parte dell'arbitro. Pertanto, il Presidente può concedere una proroga sia in assenza di qualsiasi impulso, ad esempio al momento stesso della nomina dell'arbitro, se il termine di quindici giorni sembra *ex ante* palesemente troppo ridotto, alla luce della complessità della questione; l'arbitro, da parte sua, può fare un'istanza di proroga, ad esempio quando un supplemento di attività istruttoria si rende necessario al fine di stabilire i fatti di causa.

L'arbitro deve inviare l'ordinanza alle parti, con una copia per la Segreteria, tramite ogni mezzo di comunicazione previsto all'art. 3(2) che possa assicurare una veloce ricezione. L'ordinanza è vincolante tra le parti e

⁴⁵⁷ Regolamento ICC per la procedura di *référé pré-arbitral*, art. 4.2.

⁴⁵⁸ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, artt. 6(1)-6(3).

può essere sottoposta a condizioni che l'arbitro ritenga opportune, compresa la prestazione di un'idonea garanzia⁴⁵⁹.

6.4 Problemi e prospettive nel procedimento di emergency arbitrator della Camera di Commercio Internazionale

(a) Esecuzione dell'ordinanza

La decisione ha la forma dell'ordinanza⁴⁶⁰: pertanto, ha la natura di qualsiasi ordinanza cautelare emessa dal tribunale ai sensi dell'art. 28(1) e non ha la stessa ampia possibilità di esecuzione forzata di un lodo. Il regolamento obbliga le parti a rispettare l'ordinanza⁴⁶¹; l'attuazione volontaria non è affatto improbabile⁴⁶², considerato che un diverso comportamento costituirebbe un inadempimento contrattuale⁴⁶³ ed il tribunale arbitrale ha il potere di conoscere di qualsiasi domanda concernente il procedimento d'urgenza, comprese le pretese risarcitorie derivanti dall'inosservanza dell'ordinanza cautelare⁴⁶⁴. Nondimeno, quando una delle parti tiene un comportamento di

⁴⁵⁹ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 6(7).

⁴⁶⁰ In altri regolamenti, la decisione può anche assumere la forma di un lodo non definitivo: v. Regolamento AAA ICDR, art. 37(5); Regolamento SIAC, Schedule 1, art. 6. In base all'art. 421 del Regolamento NAI, la decisione assume sempre la forma del lodo nel senso di cui all'art. 1051(3) del Codice di Procedura Civile olandese.

⁴⁶¹ Regolamento d'arbitrato ICC, art. 29(2): "The parties undertake to comply with any order made by the emergency arbitrator".

⁴⁶² L'esperienza pratica del *référé* testimonia un alto livello di attuazione volontaria: v. GAILLARD - PINSOLLE, *The ICC Pre-Arbitral Referee*, cit., 23.

⁴⁶³ LEW - MISTELIS - KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., 610: '(t)he lack of coercive powers is at least partly compensated by the persuasive powers of the tribunal. It can draw negative inferences from non-compliance with its orders or take into account when deciding on the cost of an arbitration. Therefore provisional measures ordered by the tribunal are invariably complied with voluntarily'.

⁴⁶⁴ Regolamento d'arbitrato ICC, art. 29(4).

pura ostruzione, all'altra parte non rimane altra possibilità che richiedere tutela esecutiva innanzi ad una giurisdizione nazionale⁴⁶⁵.

Il problema dell'esecuzione forzata dell'ordinanza dell'arbitro di emergenza è connessa alla questione della natura del provvedimento, al di là del *nomen* di ordinanza: tradizionalmente, molti ordinamenti nazionali riconoscono la possibilità di esecuzione forzata solo al lodo finale⁴⁶⁶. Inoltre, la natura del provvedimento è rilevante, al fine di determinare se la Convenzione di New York risulti applicabile: in base a molti precedenti giurisprudenziali, la Convenzione si applica esclusivamente ai lodi⁴⁶⁷.

La natura legale dell'ordinanza emessa dal *référé* è stata analizzata dalla giurisprudenza francese in *Société Nationale des Pétroles du Congo and Republic of Congo v Total Fina Elf E & P Congo*⁴⁶⁸; molti dei problemi analizzati dalla Corte d'Appello di Parigi affiorano anche con riguardo alla nuova procedura d'urgenza. Nel caso in esame, si era impugnata un'ordinanza del *référé*, sostenendo che essa era di fatto un lodo, poiché il *référé* aveva preso una decisione sul merito della controversia, con conseguente impugnabilità del provvedimento innanzi al giudice nazionale. Secondo la

⁴⁶⁵ Fanno eccezione i casi in cui la misura, per la sua stessa natura, non richiede l'esecuzione: ad esempio, in un caso trattato dalla Camera di Commercio Internazionale, (ICC case no 3896, in X YBCA, 1985, 47), il Tribunale stabilì un generico obbligo a carico delle parti di astenersi da iniziative che potessero alterare lo *status quo*.

⁴⁶⁶ BESSON, *Arbitrage International et mesures provisoires – Etude de droit comparé*, cit., 290-298.

⁴⁶⁷ *Hart Surgical, Inc. v Ultracision, Inc.*, 244 F.3d 231, 233 (1st Cir. 2001); *Publicis Comm. v True North Comm., Inc.*, 206 F.3d 725, 728-29 (7th Cir. 2000); *Resort Condominiums International, Inc. v Ray Bobwell and others*, XX YBCA 628 (1995) (Supreme Court of Queensland, 29 October 1993); *Michaels v Marjforum Shipping SA*, 624 F.2d 411 (2d Cir. 1980); *Mobil Oil Indonesia Inc. v Asamera Oil (Indonesia) Ltd*, 43 N.Y.2d 276 (N.Y. 1977). Sul punto v. anche le considerazioni espresse da VEEDER, *The Need for Cross-border Enforcement of Interim Measures Ordered by a State Court in Support of the International Arbitral Process*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 12 – New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, L'Aia, 2005, 242 ss.

⁴⁶⁸ Corte d'Appello di Parigi, 29 aprile 2003, in *Rev. Arb.*, 2003, 1296, con nota di JARROSSON.

difesa della Repubblica del Congo, « l'ordonnance de référé pré-arbitral est, malgré son intitulé, une sentence arbitrale puisqu'elle tranche le litige soumis au tiers, investi à cet effet d'un pouvoir juridictionnel ».

Tale argomentazione si basa su un approccio extra-formale: atteso che, per decidere sull'istanza cautelare, risulta necessario un giudizio sul merito della controversia, il *référé* deve essere considerato come un'autorità dotata di poteri giurisdizionali. Pertanto, la decisione del *référé* sarebbe un lodo di fatto e potrebbe essere annullato dal giudice dello Stato e, se necessario, eseguito come un qualsiasi altro lodo.

Nella motivazione, il giudice francese rigetta gli assunti della Repubblica del Congo: considerato che la parola "arbitrato" è stata accuratamente evitata nelle regole del *référé* e che la procedura è un "meccanismo contrattuale che fa capo alla collaborazione delle parti", l'ordinanza non può essere considerata equivalente ad un lodo e pertanto non può essere impugnata né eseguita innanzi ad un giudice dello Stato. La giurisprudenza francese, pertanto, adotta un punto di vista formale: dato che il tribunale arbitrale non è vincolato dalla decisione del *référé*, che ha natura integralmente contrattuale, l'ordinanza cautelare non può essere considerata un lodo.

Questi concetti non sembrano potersi trasporre *de plano* alla nuova procedura dell'*emergency arbitrator*: a differenza del regolamento del *référé*, l'appendice V fa esplicito riferimento all'"!arbitro", ciò che enfatizza la funzione di *jus dicere*. Oltre a ciò, il nuovo sistema di silenzio-assenso marginalizza il ruolo del consenso delle parti alla procedura. D'altro canto, l'ordinanza dell'*emergency arbitrator*, analogamente a quella del *référé*, non può essere equiparata ad un lodo. Come icasticamente notato, la pronuncia ha una parte implicita, 'che avrebbe dovuto essere esplicitata'⁴⁶⁹: la natura contrattuale della procedura non è un elemento decisivo, in quanto anche

⁴⁶⁹ GAILLARD - PINSOLLE, *The ICC Pre-Arbitral Referee*, cit., 22 (traduzione non ufficiale).

l'arbitrato ha natura contrattuale, ma conduce all'esercizio di poteri giurisdizionali. Il punto cruciale è che la decisione del *référé* – così come quella del nuovo *emergency arbitrator* – è provvisoria. L'ordinanza non decide in modo definitiva sulle domande formulate dalle parti; perciò, non può essere equiparata ad un lodo finale⁴⁷⁰. Pertanto, la Convenzione di New York non sembra poter trovare applicazione.

La giurisprudenza statunitense sembra accogliere la soluzione opposta: recenti sentenze affermano che l'ordinanza cautelare è, a dispetto del nome, un lodo, poiché, anziché essere una fase intermedia del procedimento, ha il solo scopo di fare chiarezza sui diritti delle parti in attesa di una decisione finale ed è, da questo punto di vista, conclusa in sé⁴⁷¹. In ogni caso, anche volendo adottare questo concetto di lodo, la Convenzione di New York non sembra poter trovare facilmente applicazione con riguardo alle ordinanze dell'*emergency arbitrator*. Da una parte, l'ordinanza cautelare può essere considerata “finale”, secondo sentenze come *Southern Seas Nav. Ltd v Petroleos Mexicanos of Mexico City*, nella misura in cui è emessa da un tribunale arbitrale ed è finalizzata a fornire una tutela fino al momento in cui intervenga una decisione definitiva sul merito della lite. Dall'altra parte, l'ordinanza dell'*emergency arbitrator* è intrinsecamente provvisoria e non è

⁴⁷⁰ LEW - MISTELIS - KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., 614: “the New York Convention (...) applies to final and binding awards. Provisional or interim measures are not final”; PRYLES, *Interlocutory Orders and Convention Awards: The Case of Resort Condominiums v Bolwell*, in *Arb Int'l*, 1994, 10, 385.

⁴⁷¹ *Southern Seas Nav. Ltd v Petroleos Mexicanos of Mexico City*, 606 F.Supp. 692 (S.D.N.Y. 1985). Lo stesso orientamento è stato seguito in *Metallgesellschaft AG v M/V Capitan Constante*, 790 F.2d 280, 282-83 (2d Cir. 1986); *Yasuda Fire & Marine Ins. Co. of Europe v Continental Cas. Co.*, 37 F.3d 345 (7th Cir. 1994); *Banco de Seguros del Estado v Mutual Marine Offices, Inc.*, 230 F.Supp.2d 362, 367 (S.D.N.Y. 2002), *aff'd* 344 F.3d 255 (2d Cir. 2003); *Arrowhead Global Solutions Inc. v Datapath, Inc.*, 166 Fed.Appx. 39, 41 (4th Cir. 2006). Sul punto v. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., 2023.

pensata per sopravvivere necessariamente fino alla pubblicazione del lodo⁴⁷²: il tribunale, una volta nominato, è libero di modificarla, porvi fine o annullarla in qualsiasi momento⁴⁷³. Pertanto, la sua natura non è finale: la procedura è uno strumento che può essere utilizzato in situazioni d'urgenza ma non può essere considerata un'entità a parte; si tratta di una parte del più ampio procedimento arbitrale⁴⁷⁴. Le ordinanze cautelari emesse dall'*emergency arbitrator*, in conclusione, non possono essere eseguite ai sensi della Convenzione di New York.

A differenza della Convenzione di New York, la legge modello UNCITRAL è un utile strumento per l'esecuzione delle ordinanze dell'*emergency arbitrator*: la revisione del 2006⁴⁷⁵ ha introdotto disposizioni specifiche sull'esecuzione forzata di misure cautelari disposte da un tribunale arbitrale⁴⁷⁶. Ai sensi dell'art. 17H(1), una misura cautelare disposta da arbitri deve essere eseguita dal competente ufficio giudiziario, indipendentemente dallo Stato nel quale è stata emanata. L'ufficio esecutivo non ha titolo per procedere ad una revisione dei contenuti della misura⁴⁷⁷; tuttavia, se la misura

⁴⁷² V., sull'analogia natura temporanea dell'ordinanza del *référé*, RUBINO SAMMARTANO, *International Arbitration – Law and practice*, Boston, 2^a ed., 2001, 648.

⁴⁷³ Regolamento d'arbitrato ICC, art. 29(3).

⁴⁷⁴ Ai sensi dell'art. 1(6) dell'appendice V del Regolamento d'arbitrato ICC, la domanda d'arbitrato deve essere presentata entro dieci giorni dall'inizio del procedimento (see *supra*, III(c)): il procedimento non può dunque mai considerarsi indipendente.

⁴⁷⁵ Prima della revisione del 2006 della legge modello, la legge svizzera sul diritto internazionale private è stata una delle prime ad introdurre una norma sull'esecuzione delle ordinanze cautelari, all'art. 183(2). Questa norma, tuttavia, conferisce al solo tribunale arbitrale il potere di richiedere l'assistenza del giudice dello Stato. In altri sistemi nazionali, le parti possono richiedere tutela esecutiva direttamente: così in Germania lo ZPO (§1041(2)); in Inghilterra l'Arbitration Act del 1996 (§42(1)); in Olanda il Codice di Procedura Civile (art. 1051); v. BORN, *International Commercial Arbitration*, cit., 2024 ss.

⁴⁷⁶ Legge modello UNCITRAL, art. 17H-17I.

⁴⁷⁷ Legge modello UNCITRAL, art. 17I(2).

non è compatibile con i poteri conferiti dalla legge all'autorità giudiziaria statale, quest'ultima può rifiutare l'esecuzione o, se possibile, riformulare la misura in modo tale da adattarla ai propri poteri, senza tuttavia modificarne la sostanza⁴⁷⁸. La possibilità di ottenere tutela esecutiva è altresì soggetta alle eccezioni previste per i lodi e può essere negata nel caso in cui l'istante non abbia prestato la garanzia prevista nell'ordinanza o qualora la misura sia stata sospesa o annullata dagli arbitri⁴⁷⁹.

Gli art. 17H e 17I della legge modello fanno esplicito riferimento a misure emesse da un tribunale arbitrale. Tuttavia, la circostanza che le misure dell'*emergency arbitrator* non siano state emesse dallo stesso tribunale che decide il merito della controversia non sembra poter fondare un diniego di tutela esecutiva: le norme in commento sono specificamente finalizzate all'esecuzione di qualsivoglia ordinanza cautelare di formazione arbitrale⁴⁸⁰ e non presentano alcun profilo di incompatibilità con la procedura descritta nell'appendice V del regolamento ICC. Inoltre, la legge modello prevede esplicitamente che l'esecuzione delle misure cautelari non possa essere rifiutata in casi diversi da quelli elencati all'art. 17I. Pertanto, da una parte le ordinanze cautelari emesse dall'*emergency arbitrator* possono essere eseguiti negli Stati che adottano l'ultima versione della legge modello, ai sensi di norme modellate sugli art. 17H e 17I, così come in altri Stati i cui sistemi processuali prevedono la possibilità di esecuzione forzata di misure cautelari ordinate da arbitri. Dall'altra parte, tali ordinanze non possono essere eseguite ai sensi della Convenzione di New York, che trova applicazione solo con riferimento ai lodi.

⁴⁷⁸ Legge modello UNCITRAL, art. 17I(1)(b)(i).

⁴⁷⁹ Legge modello UNCITRAL, art. 17I(1).

⁴⁸⁰ Come sopra esposto, l'art. 17I riconosce espressamente che le ordinanze possano essere sospese o revocate dal tribunale arbitrale.

(b) Misure inaudita altera parte tra lacune esecutive e compatibilità logica

Le misure cautelari *inaudita altera parte* sono, nel campo dell'arbitrato internazionale, un terreno assai delicato; è opinione diffusa che la loro natura sia incompatibile con l'arbitrato e con il fondamento consensuale di questo⁴⁸¹. Ciononostante, la revisione del 2006 della legge modello UNCITRAL permette, in certe circostanze, di ottenere tutela cautelare *inaudita altera parte*⁴⁸².

L'appendice V del regolamento ICC non riconosce tale possibilità: ai sensi dell'art. 1(5)⁴⁸³, se e nella misura in cui il Presidente ritiene che gli artt. 29(5)-29(6) del regolamento trovino applicazione nel caso di specie, la Segreteria trasmette una copia dell'istanza e dei documenti allegati al convenuto. Pertanto, il convenuto è messo a conoscenza dell'istanza ed ha l'opportunità di prendere posizione in ordine alla stessa prima che la decisione sia presa⁴⁸⁴. Al fine di valutare la correttezza della scelta di escludere la possibilità di provvedimenti *inaudita altera parte*, è necessario analizzare la natura e l'utilità di questo tipo di tutela cautelare.

⁴⁸¹ STALEV, *Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series No. 6, 1994 - International Arbitration in a Changing World*, Boston, 1993, 111; sulla stessa linea, il regolamento ICSID prevede: '(t)he Tribunal shall only recommend provisional measures, or modify or revoke its recommendations, after giving each party an opportunity of presenting its observations' (Rule 39(4)). Su tale problema v. anche ABASCAL, *The Art of Interim Measures*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 13 - International Arbitration 2006: Back to Basics?*, L'Aia, 2007, 751, 763 ss. Gli operatori pratici, peraltro, sono per il 51% favorevoli all'ipotesi di misure cautelare emesse *ex parte*: v. in tal senso il *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, 2, 18, reperibile su <http://www.arbitrationonline.org>.

⁴⁸² Legge modello UNCITRAL, art. 17B; v. anche *Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the Work of its Forty-Second Session*, UN Doc A/CN.9/573, 2005; VAN HOUTTE, *Ten Reasons Against Arbitral Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*, in *Arb. Int'l*, 2004, 20, 85; DERAÏNS, *The View Against Arbitral Ex Parte Interim Relief*, in *Dispute Res. J.*, 2003, 58, 61.

⁴⁸³ V. *supra*, III(c).

⁴⁸⁴ Regolamento d'arbitrato ICC, appendice V, art. 5(2).

La tutela cautelare *inaudita altera parte* è solitamente riservata ai giudici dello Stato; ad ogni modo, a differenza della tutela esecutiva, essa non comporta l'utilizzo di poteri coercitivi di natura pubblicistica (*imperium*). La natura del giudizio sommario è, per molti versi, sovrapponibile a quella del giudizio a cognizione piena, con una differenza per quanto riguarda lo scopo della tutela: mentre la tutela cautelare impartita dagli arbitri mira a preservare temporaneamente i diritti delle parti, il lodo decide sul merito della lite in modo definitivo. A volte, per assicurare l'effettività pratica della misura cautelare, è fondamentale evitare l'iniziale coinvolgimento della parte avverso la quale l'istanza cautelare è promossa. In questo tipo di situazioni, il giudice dello Stato può emettere misure *inaudita altera parte*; tuttavia, a seguito della concessione della misura, alla parte contro la quale il provvedimento è stato emesso deve essere data l'opportunità di spiegare le proprie difese ed illustrare le ragioni in forza delle quali la misura non debba essere confermata⁴⁸⁵. La tutela *inaudita altera parte* è, pertanto, sempre precaria: l'iniziale provvedimento non può che essere seguito da un successivo recupero del principio del contraddittorio.

La procedura qui descritta non ha elementi di incompatibilità logica con l'arbitrato; la legge modello, pertanto, riconosce questa possibilità⁴⁸⁶, a differenza dell'appendice V del regolamento ICC. La procedura dell'*emergency arbitrator* è, apparentemente, un terreno ideale per la tutela cautelare *inaudita altera parte*; atteso che l'arbitro non prenderà parte alla decisione finale, un contatto unilaterale con una delle parti non può condurre ad un'apparenza di parzialità ed anticipazione del giudizio, sia dal punto di vista formale che dal punto di vista extraformale. Le misure concesse *inaudita*

⁴⁸⁵ La prassi contraria, invalsa nell'ordinamento cinese, è oggetto di notevoli critiche: JOHNSTON, *Bridging the Gap Between Western and Chinese Arbitration Systems - A Practical Introduction for Businesses*, in *J. Int. Arb.*, 2007, 565, 576.

⁴⁸⁶ Legge modello UNCITRAL, artt. 17B-17C.

altera parte dall'*emergency arbitrator* potrebbero essere sottoposte ad un giudizio di conferma innanzi al tribunale arbitrale, con il pieno rispetto del principio di parità delle armi e senza alcuna necessità ulteriore di contatti unilaterali con una delle parti. Tuttavia, occorre considerare che le misure *inaudita altera parte*, per poter essere utili ed efficaci, devono essere eseguite. L'emissione di un simile provvedimento non è sufficiente: se i contenuti dell'istanza e della misura sono disvelati prima che il provvedimento sia stato eseguito, l'altra parte può intraprendere azioni miranti a frustrare lo scopo del provvedimento stesso. Perciò, una tutela *inaudita altera parte* di matrice arbitrale potrebbe essere efficace ed utile solo se gli ordinamenti nazionali prevedessero un sistema di esecuzione *inaudita altera parte* dei provvedimenti. La legge modello UNCITRAL è, da questo punto di vista, contraddittoria: l'art. 17C(5) stabilisce che i provvedimenti non sono soggetti ad esecuzione innanzi alle autorità giudiziarie statuali. Inoltre, anche nell'ipotesi in cui tali provvedimenti fossero eseguibili, ciò non sarebbe sufficiente a garantire l'efficacia delle misure: ai sensi dell'art. 17I(a) le autorità giudiziarie, innanzi alle quali una delle parti chiede il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento, devono dare all'altra parte un'opportunità di contraddire e di esporre le ragioni contrarie. L'istanza cautelare, perciò, è necessariamente disvelata prima che la misura possa trovare esecuzione: tale contraddizione frustra necessariamente l'utilità dello strumento di tutela *inaudita altera parte* previsto nella legge modello.

Le istanze *inaudita altera parte* non sono teoricamente incompatibili con l'arbitrato: l'emissione di questo tipo di misure non richiede l'uso di *imperium* e non compromette necessariamente l'imparzialità dell'organo arbitrale, specialmente se l'arbitro che decide sul punto non sarà chiamato a prendere alcuna successiva decisione sul merito della controversia. Questo tipo di tutela, tuttavia, è strettamente connessa con l'attività esecutiva: un provvedimento *inaudita altera parte* è efficace ed utile nella misura in cui lo

sono i relativi meccanismi di esecuzione forzata. Pertanto, in assenza di alcuno strumento di esecuzione *inaudita altera parte*, la scelta compiuta dal regolamento ICC appare perfettamente logica.

Capitolo 7

L'ATTO DI MISSIONE E LA GESTIONE DELLA CAUSA

Sommario: 7.1 L'atto di missione nell'esperienza della Camera di commercio internazionale - 7.2 Il calendario del procedimento – 7.3 Le tecniche di gestione della controversia

7.1 L'atto di missione nell'esperienza della Camera di commercio internazionale

Nell'arbitrato *ad hoc*, qualora le parti non abbiano previsto l'applicazione di determinate regole processuali⁴⁸⁷, gli arbitri sono liberi di stabilire le regole di svolgimento del processo⁴⁸⁸; nell'esperienza dell'arbitrato amministrato, invece, non sono infrequenti le disposizioni regolamentari che limitano tale libertà ed impongono al giudice privato l'applicazione di determinati meccanismi di gestione della controversia. Tale netta distinzione teorica finisce spesso per risultare ben più sfumata sul piano pratico: anche nell'arbitrato *ad hoc*, infatti, il giudice privato è tenuto ad assicurare uno svolgimento ordinato del procedimento, tale da garantire sia il rispetto del contraddittorio, sia l'applicazione del principio di economicità. Nondimeno, analizzando il tema della gestione della causa si coglie uno dei tratti di istituzionalizzazione dell'arbitrato amministrato: gli adempimenti necessari a gestire la controversia in modo corretto, rimessi nell'arbitrato *ad hoc* alla diligenza del singolo arbitro, trovano qui un'espressa codificazione, mediante

⁴⁸⁷ Si pensi, ad esempio, al regolamento di arbitrato UNCITRAL, sovente utilizzato in campo internazionale, o al riferimento alle norme dettate per lo svolgimento del processo innanzi al giudice dello Stato, frequentemente contenuto in clausole compromissorie per arbitrato *ad hoc* di diritto interno.

⁴⁸⁸ Nell'ordinamento italiano ciò è espressamente sancito dall'art. 816 *bis* comma 1 c.p.c.

l'individuazione di regole che tutti gli arbitri sono necessariamente tenuti a seguire, senza compiere alcuna valutazione discrezionale⁴⁸⁹.

Tra gli strumenti di gestione della causa presenti nei regolamenti di arbitrato amministrato, il più noto ed importante è l'atto di missione (*terms of reference*): con la redazione di tale documento, gli arbitri sono tenuti a fissare alcuni aspetti fondamentali della controversia rimessa alla loro decisione. La prassi di delineare a grandi linee gli estremi della causa è comune in tutto il panorama dell'arbitrato internazionale⁴⁹⁰: nel caso della Camera di Commercio internazionale, tuttavia, essa trova esplicito riconoscimento in seno al regolamento, con conseguente trasformazione della *best practice* in un vero e proprio dovere posto in capo ai giudici privati⁴⁹¹. L'atto di missione trova il proprio antecedente storico nell'ordinamento francese, che imponeva alle parti la stipulazione di un compromesso a seguito dell'insorgere della lite, non essendo considerata sufficiente la pattuizione *a priori* eventualmente contenuta nella clausola compromissoria⁴⁹². Sebbene la necessità del

⁴⁸⁹ Sull'importanza della gestione processuale della causa da parte dell'arbitro v. CROWTER - TOBIN, *Ensuring that Arbitration Remains a Preferred Option for International Dispute Resolution - Some Practical Considerations*, in *J. Int. Arb.*, 2002, 301 ss.

⁴⁹⁰ Sull'importanza di tale pratica in un'ottica di efficienza processuale v. PAULSSON, *The Timely Arbitrator: Reflections on the Böckstiegel Method*, in *Arb. Int.*, 2006, 19.

⁴⁹¹ Il ruolo dei *terms of reference* nell'arbitrato amministrato dalla Camera di Commercio Internazionale è stato oggetto di numerose analisi: ARANCIO - SCHIAVELLO, *Commento all'art. 18*, in BRIGUGLIO - SALVANESCHI (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale – Commentario*, Milano, 2005, 330; LAZAREFF – SCHÄFER, *The 1992 Practical Guide on Terms of Reference Revisited*, in *ICC Bull.*, 1999, 2, 14; SCHNEIDER, *The terms of reference*, in *The New 1998 ICC Rules of Arbitration*, *ICC Bull. – Special Supplement 1997*, 26; REINER, *Terms of Reference: the Function of the International Court of Arbitration and Application of Article 16 by the Arbitrators*, in *ICC Bull.*, 1996, 2, 59; SCHÄFER, *Terms of Reference in the Past and at Present*, in *ICC Bull.*, 1992, 1, 8; ARNALDEZ, *L'acte déterminant la mission de l'arbitre*, in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Parigi, 1991, 1.

⁴⁹² CRAIG – PARK – PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Dobbs Ferry, 2000, 274.

compromis sia da tempo stata superata⁴⁹³, l'atto di missione rimane, pur con una diversa funzione, uno dei principali tratti distintivi dell'arbitrato amministrato dalla Camera di commercio internazionale⁴⁹⁴.

L'atto di missione disciplinato dal regolamento della Camera di commercio internazionale deve essere redatto alla presenza delle parti a seguito della trasmissione del fascicolo⁴⁹⁵; il documento, sottoscritto dagli arbitri e dalle parti⁴⁹⁶, deve essere depositato presso l'istituzione entro due mesi dalla trasmissione del fascicolo (salvo il caso di proroga)⁴⁹⁷. L'art. 23 del regolamento elenca i contenuti necessari dell'atto di missione, che possono essere raggruppati in tre categorie: informazioni di carattere pratico, dati inerenti al merito della controversia e disposizioni di marca processuale. Quanto alla prima categoria, l'atto di missione deve indicare le generalità delle parti, dei relativi difensori e degli arbitri, oltre agli indirizzi ai quali saranno inviate le successive comunicazioni inerenti al procedimento. Oltre a

⁴⁹³ Gli artt. 1442 e 1492-1497 del codice di procedura civile sono stati riformati in tal senso da tempo, con gli interventi legislativi del 14 maggio 1980 e 12 maggio 1981.

⁴⁹⁴ POUDRET - BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2a edizione, Londra, 2007, 497; sul ruolo chiarificatore dell'atto di missione v. anche GREENBERG - SECOMB, *Terms of Reference and Negative Jurisdictional Decisions: A Lesson from Australia*, in *Arb. Int.*, 2002, 125.

⁴⁹⁵ Regolamento di arbitrato ICC, art. 23(1).

⁴⁹⁶ I difensori delle parti possono sottoscrivere il documento per conto dei loro assistiti, qualora siano dotati dei relativi poteri; in proposito, è necessario verificare il rispetto delle norme dettate in materia di rappresentanza dall'ordinamento di appartenenza. Per tale motivo, spesso gli arbitri chiedono ai difensori delle parti di fornire prova circa la sussistenza dei poteri necessari a sottoscrivere l'atto di missione: in proposito v. 19 ottobre 1995, Cour d'appel di Parigi, *Boisson et autres c/ Société Totem Holding et autres*, in *Rev. Arb.*, 1996, 82.

⁴⁹⁷ Regolamento di arbitrato ICC, art. 23(2); *ex* art. 23(3), qualora una delle parti tenga un comportamento di aperta ostruzione e si rifiuti di sottoscrivere l'atto, lo stesso deve essere inviato all'istituzione non per semplice conoscenza, ma per approvazione. La Camera di commercio internazionale, dunque, compie in questo caso una valutazione tesa a verificare se la mancata sottoscrizione dipenda da una libera scelta della parte o da una violazione delle garanzie processuali da parte del tribunale.

tali contenuti, la cui utilità si apprezza principalmente sul piano della gestione materiale del procedimento, l'atto deve contenere, dal punto di vista delle questioni di merito, una sintesi delle domande formulate da ciascuna parte (*petitum* mediato) e dei provvedimenti conseguentemente richiesti, compresa una dichiarazione di valore relativa sia alle domande già suscettibili di valutazione patrimoniale, sia di quelle che non prevedono un'esatta quantificazione (*petitum* immediato). A tali indicazioni può aggiungersi, a meno che gli arbitri non lo ritengano inopportuno, l'elencazione delle questioni a cui il tribunale dovrà dare risposta nel corso del procedimento; tale indicazione può sia essere omessa, qualora la complessità della causa o altre circostanze rendano eccessivamente difficoltosa l'identificazione preventiva delle questioni da risolvere, sia tradursi in locuzioni del tutto generiche. In proposito si consideri che, quando ancora il regolamento di arbitrato non concedeva agli arbitri il potere di omettere l'indicazione delle questioni in sede di *terms of reference*⁴⁹⁸, molti atti di missione si limitavano a riferimenti "in bianco" alle questioni contenute negli atti di parte⁴⁹⁹ ed a tutte le altre questioni suscettibili di sorgere nel corso del procedimento⁵⁰⁰. Venendo,

⁴⁹⁸ Tale elemento era, infatti, obbligatorio nella versione del regolamento di arbitrato del 1975; in seguito, la versione del 1998 introdusse la previsione di facoltatività, accolta anche nell'edizione del 2012.

⁴⁹⁹ Tale pratica prende il nome di "formula di Goldman", essendo stata coniata dal celebre giurista ed arbitro francese Berthold Goldman: v. DERAIS – SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, L'Aia, 2005, 2ª ed., 253, n. 157.

⁵⁰⁰ Potrebbero avanzarsi dubbi circa l'effettivo potere degli arbitri di decidere determinate questioni, qualora l'atto di missione non faccia alcun accenno alle stesse. Sul punto tuttavia la giurisprudenza francese sottolinea che, atteso che il potere di *jus dicere* degli arbitri deriva dal patto compromissorio, qualora la questione rientri nell'ambito di applicazione di quest'ultimo non è configurabile un vizio di ultrapetizione, indipendentemente dai contenuti dei *terms of reference*: 6 marzo 1996, Cour de Cassation, *Société Farbat Trading Co. c/ Société Daewoo*, in *Rev. Arb.*, 1997, 69, con nota di ARNALDEZ. Sul problema v. anche REINER, *Terms of Reference: the Function of the International Court of Arbitration and Application of Article 16 by the Arbitrators*, cit., 65 e LLOYD, *Particular features of the ICC*

infine, ai contenuti di natura processuale, il documento indica la sede dell'arbitrato e l'individuazione delle regole procedurali applicabili alla controversia; tale ultimo elemento è corredato da una ricognizione dei poteri conferiti agli arbitri, qualora il patto compromissorio contenga un riferimento alla composizione amichevole della controversia o alla decisione equitativa della stessa.

Come illustrato, l'atto di missione non ha più la funzione originaria del *compromis*, di trasposizione della volontà di deferire la controversia in arbitri in un atto stipulato successivamente all'insorgere della lite⁵⁰¹. La funzione generale dell'atto di missione è, con tutta evidenza, quella di identificare i "punti cardinali" del procedimento, così da evitare che possano sopraggiungere contestazioni o dubbi in ordine ad uno degli aspetti fondamentali dello stesso (quale, ad esempio, l'oggetto del processo⁵⁰²): gli arbitri fanno solitamente un uso attento dello strumento e tendono ad

Rules of Arbitration, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 93, 99.

⁵⁰¹ La giurisprudenza afferma il principio per cui la sottoscrizione dell'atto di missione non è di per sé sufficiente a sanare l'assenza di un valido patto compromissorio: 12 luglio 1984, Cour d'appel di Parigi, *République Arabe d'Égypte c/ Southern Pacific Properties, Ltd.*, in *Rev. Arb.*, 1986, 75. Tale soluzione appare condivisibile nella maggior parte dei casi: l'atto di missione, che può essere validamente approvato anche in assenza della sottoscrizione di tutte le parti, è una tappa meramente processuale dell'arbitrato ICC, di per sé inidonea a radicare la competenza del tribunale arbitrale. Tuttavia, in alcuni casi si è riconosciuta l'efficacia di compromesso dell'atto di missione: si tratta di ipotesi di sottoscrizione di *terms of reference* non contenenti alcun riferimento ad eccezioni di incompetenza e di assenza dell'accordo compromissorio. In tal senso v. 25 febbraio 1993, Cour d'appel di Parigi, *Sansi Fruitgrowing Equipment SpA c/ Semena I Possadatchen Material*, in CRAIG – PARK – PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., 291 n. 27; 12 gennaio 1988, Cour d'appel di Parigi, *Société anonyme Replor c/ S.A.R.L. Ploemeloise de financement, de participation, d'investissement*, in *Rev. Arb.*, 1988, 691; 19 maggio 1987, Cour d'appel di Parigi, *Société Kis France c/ Société A.B.S.*, in *Rev. Arb.*, 1987, 498.

⁵⁰² CRAIG – PARK – PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., 274, sottolineano come la corretta redazione dell'atto di missione possa mettere l'emanando lodo al riparo da contestazioni in tema di *ultra petita*.

includere nell'atto ogni elemento che possa contribuire ad identificare esaustivamente i contorni della lite⁵⁰³. D'altro canto, non si può ignorare la circostanza che l'atto di missione è redatto nella fase iniziale del procedimento, quando ancora le parti non hanno pienamente esposto le rispettive difese⁵⁰⁴; pertanto, esso non può avere la funzione di una definitiva cristallizzazione dei contenuti del processo, ma solo di un'iniziale *actio finium regundorum* dello stesso.

Chiarita la funzione generale dell'atto, devono essere analizzati gli effetti dello stesso. Il regolamento prevede espressamente un meccanismo preclusivo: a seguito della sottoscrizione dei *terms of reference* (o dell'approvazione degli stessi da parte della Corte⁵⁰⁵), nessuna parte può formulare nuove domande, salva l'espressa autorizzazione del tribunale arbitrale⁵⁰⁶. Tale rimessione in termini deve tenere conto della natura delle domande, dello stadio in cui il procedimento si trova e di ogni altra circostanza rilevante; si tratta, con ogni evidenza, di una norma di carattere

⁵⁰³ CRAIG – PARK – PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., 277, notano peraltro come la lunghezza del documento non costituisca necessariamente una garanzia di qualità dello stesso.

⁵⁰⁴ Per tale motivo, anche quando l'atto di missione contiene un'elencazione delle questioni sottoposte alla decisione dell'arbitro, solitamente è presente un riferimento alla non esaustività delle indicazioni contenute nel documento: in tal senso si esprime anche la *ICC Practical guide for the drafting of Terms of Reference*.

⁵⁰⁵ Ai sensi dell'attuale versione del regolamento, qualora una delle parti rifiuti di sottoscrivere i *terms of reference*, il documento è sottoposto all'approvazione dell'istituzione ex art. 23(3). Prima del 1975, l'approvazione della Corte era necessaria anche in caso di sottoscrizione da parte di tutti i soggetti coinvolti; tale requisito fu successivamente eliminato al fine di limitare le possibilità di ritardo (v. EISEMANN, *Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale*, in *Droit et Pratique du Commerce International*, 1975, 3, 355, 360).

⁵⁰⁶ Regolamento di arbitrato ICC, art. 23(4).

eccezionale, da applicarsi principalmente in casi di mera *emendatio libelli*⁵⁰⁷ e di fatto sopravvenuto o impossibilità oggettiva. Al di fuori di queste ipotesi, dunque, con l'atto di missione si preclude la possibilità di formulare nuove domande; ciò, peraltro, non significa che le parti non possano, a seguito della sottoscrizione dei *terms of reference*, presentare nuovi argomenti a sostegno delle proprie domande. Tale possibilità comprende sia gli argomenti di diritto, ossia l'esposizione di nuove teorie giuridiche al fine di supportare l'accoglimento di una domanda basata su allegazioni già presenti nell'atto introduttivo⁵⁰⁸, sia gli argomenti in fatto, come ad esempio l'esposizione di una teoria in punto di quantificazione del danno basata su fatti già allegati⁵⁰⁹.

L'effetto preclusivo si produce sui contenuti degli atti introduttivi, non dell'atto di missione che quei contenuti riproduce; la domanda, dunque, per quanto non espressamente riportata in sede di *terms of reference*, è da considerarsi ammissibile se correttamente formulata nell'atto di parte. In ogni caso, al fine di evitare eccezioni in tema di preclusioni, le parti solitamente inseriscono nell'atto di missione riferimenti alle proprie domande di carattere

⁵⁰⁷ Su tale problema, con specifico riferimento all'arbitrato internazionale, v. DERAÏNS, *Amendments to the Claims and New Claims: Where to Draw the Line?*, in *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium - Reports of the International Colloquium of CEPANI - October 15, 2004*, Bruxelles, 2005, 68 ss.

⁵⁰⁸ Ciò è da tempo esplicitamente ammesso nella giurisprudenza della Camera di commercio internazionale: caso n. 6657/1993, in *ICC Bull.*, Dicembre 1997, 72; caso n. 6618/1991, *ibidem*, 70 ss.: “the thrust of Article 16 (disposizione oggi incorporata nell’art. 23(4), *nda*) is to proscribe the adding of new claims outside the Terms of Reference, not the making of new arguments in support of claims set forth in the Terms of Reference”; caso n. 6223/1991, *ibidem*, 69 ss.

⁵⁰⁹ CRAIG – PARK – PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, *cit.*, 279; peraltro, gli autori sottolineano come la possibilità di introdurre nuovi argomenti sia talvolta esplicitata negli stessi *terms of reference*.

generale⁵¹⁰, tali da poter essere interpretati elasticamente e da comprendere integralmente le conclusioni esposte negli atti introduttivi⁵¹¹.

Oltre all'effetto processuale di precludere domande nuove, l'atto di missione ha l'effetto di vincolare gli arbitri: esso costituisce, dunque, una specificazione dell'oggetto del mandato arbitrale conferito al momento della nomina. Con la sottoscrizione dell'atto di missione, parti ed arbitri possono modificare la portata del mandato in senso sia estensivo che restrittivo: all'arbitro, ad esempio, può essere attribuito il potere, inizialmente non previsto dal patto compromissorio, di decidere la controversia in via equitativa. Dal lato opposto, l'area di autonomia insita nel mandato arbitrale può essere limitata, prevedendo ad esempio che gli arbitri debbano decidere necessariamente una questione preliminare con un lodo parziale. Tuttavia, anche qualora l'atto di missione contenga una descrizione assai puntuale dei doveri degli arbitri, la giurisprudenza afferma che tali previsioni sono soggette all'interpretazione degli arbitri, i quali rimangono liberi di selezionare le modalità di adempimento ritenute più opportune nel caso di specie⁵¹².

⁵¹⁰ Tale pratica, del tutto legittima, non deve essere confusa con quella dell'inclusione nelle conclusioni degli atti difensivi di *petita* non sufficientemente determinati: su tale ultimo punto v. LANDAU, *Claims for Further Particulars off or Summary Dismissal: Are They an Acceptable Practice?*, in *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium*, cit., 43 ss.; KARRER, *Pros and Cons of Terms of Reference and Specific Procedural Agreements in Arbitration Clauses: Storm in to Calm the Sea*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 7 – Planning Efficient Arbitration Proceedings - The Law Applicable in International Arbitration*, 2a edizione, L'Aia, 1999, 73 ss.

⁵¹¹ CRAIG – PARK – PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., 279 ss., anche con riferimento al noto caso *Carte Blanche (Singapore) PTE Ltd. v. Carte Blanche International, Ltd.*, 683 F. Supp. 945 (SDNY 1988).

⁵¹² 8 marzo 1988, Cour de Cassation, *O.I.A.E.T.I. c/ SOFIDIF et O.E.A.I.*, in CRAIG – PARK – PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., 288, in riforma di 19 dicembre 1986, Cour d'appel di Parigi, in *Rev. Arb.*, 1988, 359. Sul caso v. anche GAILLARD, *L'affaire Sofidif ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986)*, *ibidem*, 275.

L'introduzione nel regolamento ICC di una previsione inderogabile in punto di atto di missione non ha mancato in passato di attrarre critiche, specie da parte della dottrina statunitense⁵¹³: in proposito si sottolinea spesso come la redazione dei *terms of reference* possa risultare un'attività complessa e dispendiosa, alla quale non necessariamente conseguono utilità tangibili. Tali considerazioni non sono del tutto destituite di fondamento: qualora gli arbitri si limitino ad assemblare contenuti provenienti dalle parti, l'atto di missione non fornisce alcuna informazione ulteriore rispetto a quelle già contenute negli atti introduttivi. Tuttavia, nel caso in cui i soggetti giudicanti sfruttino adeguatamente lo strumento fornito dal regolamento, i *terms of reference* possono costituire un'importantissima occasione di superamento di dubbi ed ambiguità riguardanti il procedimento. Il documento, se ben redatto, consente agli arbitri di delineare con chiarezza la portata del proprio mandato e di cristallizzare l'oggetto della controversia prima del compimento di ulteriori attività giurisdizionali: la valutazione sull'effettiva utilità dell'adempimento, dunque, non può essere disgiunta da quella inerente alla preparazione ed all'esperienza dei soggetti chiamati a dirimere la controversia.

7.2 Il calendario del procedimento

⁵¹³ SMITH, *The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution?*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1986, 26 ss.; WETTER, *The Present Status of the International Court of Arbitration of the ICC: An Appraisal*, in *Am. Rev. Int. Arb.*, 1990, 91; in senso analogo si esprimeva BÖCKSTIEGEL, *The New Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce*, in *International Economic Order: Essays in Honor of F.A. Mann*, Monaco, 1977, 575, 586: "(t)he rules could very well do without that provision. In quite a few cases the omission of that provision would save all the participants in the process considerable effort and time without draw-backs for the finding of justice".

La pratica di redigere un calendario del procedimento non appartiene esclusivamente alla giustizia privata: essa è stata introdotta recentemente dal legislatore italiano anche nella disciplina del processo civile, al fine di favorire l'efficienza del procedimento⁵¹⁴. Non sorprende, dunque, che molti regolamenti di arbitrato amministrato, specie in ambito internazionale, contengano una previsione che impone agli arbitri la compilazione di un documento nel quale si elencano gli adempimenti processuali ed i relativi termini⁵¹⁵.

La redazione di un calendario del procedimento può essere un'attività costosa, specie quando il tribunale arbitrale sia composto da una pluralità di membri ed il regolamento imponga l'effettuazione di una riunione preliminare a fini organizzativi. Da questo punto di vista, la soluzione adottata dal regolamento della Camera di commercio internazionale appare corretta: gli arbitri non hanno il dovere di riunirsi personalmente⁵¹⁶ e possono utilizzare qualsiasi forma di comunicazione, compresi gli strumenti telefonici e telematici⁵¹⁷.

A fronte di tali costi, non sempre la predisposizione di un calendario del procedimento assicura vantaggi sul piano dell'efficienza del procedimento. Anzitutto, l'individuazione delle attività processuali può risultare assai difficoltosa, atteso che il calendario è redatto quando il procedimento si trova

⁵¹⁴ D. L. 138/2011 (c.d. *manovra bis*).

⁵¹⁵ Regolamento di arbitrato ICC, art. 24; Regolamento di arbitrato AAA ICDR, art. 16; Regolamento di arbitrato SCC, art. 23; Regolamento di arbitrato WIPO, art. 47, con riferimento generale ad una riunione preliminare a scopo preparatorio; in senso simile si esprime il regolamento di arbitrato SIAC, art. 16.3. Anche il regolamento di arbitrato UNCITRAL, suscettibile di applicazione anche nel campo dell'arbitrato *ad hoc*, contiene un'analogia disposizione all'art. 17(2).

⁵¹⁶ L'assenza di requisiti formali per la redazione del calendario del procedimento è stata confermata dalla giurisprudenza ICC, con particolare riferimento alla sottoscrizione delle parti, con il lodo reso nel caso n. 10422, in *Journal du Droit International*, 2003, 1142, 1151, con nota di JOLIVET.

⁵¹⁷ Regolamento di arbitrato ICC, art. 24(4).

ancora nel suo stadio genetico⁵¹⁸. Oltre a ciò, occorre considerare che il calendario del procedimento (a differenza dell'atto di missione) non assume mai carattere vincolante, dato che gli arbitri conservano il potere di modificarne i contenuti in ogni momento; dal punto di vista della scansione cronologica dell'arbitrato, dunque, l'unica previsione che ha carattere cogente per gli arbitri è quella relativa al termine entro cui emanare il lodo.

Considerate tali circostanze, occorre domandarsi quale utilità abbia l'introduzione nei regolamenti di arbitrato amministrato di una previsione relativa al calendario del procedimento. Negli arbitrati caratterizzati da particolare complessità, tale utilità potrebbe essere individuata nella possibilità di rendere edotte le parti e l'istituzione circa la necessità di una proroga del termine per il deposito del lodo: qualora i contenuti degli atti introduttivi siano tali da rendere *a priori* impossibile il rispetto del termine fissato dalle parti o dal regolamento, la preparazione di un calendario del procedimento può costituire l'occasione per dimostrare la necessità di un'estensione del limite temporale in questione. Oltre a ciò, la preventiva comunicazione del calendario può servire ad evitare che, in una fase successiva del procedimento, i litiganti formulino contestazioni in ordine all'eccessiva durata dello stesso ed alla negligenza del tribunale arbitrale nell'adempimento dei propri doveri.

7.3 Le tecniche di gestione della controversia

Alcuni regolamenti di arbitrato amministrato contengono riferimenti a tecniche di gestione della causa che il tribunale arbitrale può adottare. Tradizionalmente, i regolamenti si limitavano a conferire agli arbitri il potere di gestire l'*iter* procedimentale nel modo più opportuno, così da garantire una

⁵¹⁸ DERAÏNS – SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, cit., 265.

risoluzione della controversia equa ed efficiente⁵¹⁹; recentemente, tuttavia, le istituzioni arbitrali hanno mostrato una tendenza all'introduzione di riferimenti espliciti alla possibilità di modulare l'iter procedimentale in fasi successive. La più elementare delle tecniche di gestione è la biforcazione: essa consiste nella divisione del processo in due fasi, al termine delle quali il tribunale arbitrale emana un lodo. La biforcazione può sia rispecchiare la divisione tra questioni di rito e questioni di merito (ad esempio, il caso in cui il processo sia diviso in una prima fase dedicata alla decisione di un'eccezione preliminare di incompetenza ed una seconda, eventuale fase concernente le conclusioni formulate dalle parti nel merito), sia riguardare l'ordine logico delle sole questioni di merito (ad esempio, il tribunale decide prima l'*an* e poi, se del caso, il *quantum* della pretesa risarcitoria). L'utilizzo di tale strumento, comune nell'arbitrato amministrato⁵²⁰, consente, in linea di principio, di evitare lo svolgimento di fasi del procedimento superflue e di garantire l'economicità dell'arbitrato⁵²¹: per tale ragione, alcune istituzioni incoraggiano nei propri regolamenti l'adozione dello stesso, così come di altri meccanismi di efficienza processuale⁵²².

L'esempio più importante in tal senso è fornito dalla Camera di commercio internazionale, il cui regolamento di arbitrato include un'appendice⁵²³ interamente dedicata alla descrizione delle tecniche di gestione della causa. Tale appendice elenca, oltre alla biforcazione, vari meccanismi: particolarmente interessante è l'identificazione di questioni che

⁵¹⁹ È questo il caso della London Court of International Arbitration, il cui regolamento di arbitrato prevede una disposizione in questo senso all'art. 14(1).

⁵²⁰ Per un'analisi circa la frequenza dell'utilizzo della biforcazione v. GREENWOOD, *Does Bifurcation Really Promote Efficiency?*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 2, 105.

⁵²¹ TALLERICO – BEHRENDT, *The Use of Bifurcation and Direct Testimony Witness Statements in International Commercial Arbitration Proceedings*, in *Journal of International Arbitration*, 2003, 295.

⁵²² Regolamento di arbitrato AAA ICDR, art. 16(3); Regolamento di arbitrato SIAC, art. 16.4.

⁵²³ Regolamento di arbitrato ICC, appendice IV.

possano essere risolte con l'accordo delle parti o dei loro consulenti tecnici, anziché con un atto di aggiudicazione autoritativa proveniente dal tribunale. Tale previsione è coerente con la tendenza ravvisabile in tutta l'esperienza dell'arbitrato amministrato, tesa a creare una sinergia tra strumenti arbitrali e strumenti conciliativi: anche qualora tra le parti sia già sorta una controversia deferita in arbitri, il regolamento incentiva, per quanto possibile, il raggiungimento di una soluzione condivisa della lite o almeno su singole questioni. Il tribunale, inoltre, è invitato ad individuare le questioni che possano essere decise sulla sola base dell'evidenza documentale: analogamente a quanto illustrato in tema di biforcazione, anche in questo caso l'obiettivo è l'efficienza del procedimento e l'omissione di attività processuali che non influiscano sul risultato dell'arbitrato, ma solo sui costi dello stesso. L'appendice affronta altresì il tema della produzione documentale: gli arbitri possono assicurare che la stessa avvenga in modo ordinato fissando una scansione temporale delle produzioni e limitando queste ultime a quanto ritenuto necessario sotto il profilo della rilevanza. Lo stesso parametro della rilevanza dovrà essere altresì utilizzato al fine di limitare la portata degli atti difensivi e della prova testimoniale. Quanto allo svolgimento delle udienze, il regolamento raccomanda la preventiva individuazione delle questioni oggetto di trattazione e l'utilizzo, ove non sia necessaria la conferenza personale, di strumenti di telecomunicazione, al fine di limitare i costi del procedimento.

Le tecniche descritte nel regolamento di arbitrato ICC possono senza dubbio consentire un significativo risparmio di risorse e miglioramento dell'efficienza del procedimento, ove utilizzate in modo appropriato. D'altro canto, non sembra che le stesse siano in grado di produrre alcun risultato apprezzabile, qualora siano acriticamente applicate senza un'attenta valutazione delle circostanze del caso concreto: l'esperienza dell'arbitrato

ICSID, ad esempio, dimostra come l'applicazione della biforcazione non necessariamente assicuri una più veloce risoluzione della controversia⁵²⁴.

In conclusione, la diffusione delle tecniche in commento nel mondo della pratica arbitrale costituisce senza dubbio un lodevole tentativo di garantire l'efficienza dell'arbitrato; tuttavia, l'inclusione di previsioni in tal senso in seno ad un regolamento arbitrale non sembra poter produrre alcun risultato apprezzabile in questo senso. La buona gestione del procedimento, infatti, è necessariamente rimessa alle capacità ed alla preparazione dei soggetti chiamati a svolgere funzioni di arbitro: qualora simili qualità risultino carenti, nessuna norma regolamentare potrà influire sull'inefficienza della procedura.

⁵²⁴ V., per una ricognizione della giurisprudenza ICSID tesa a valutare l'efficienza ed i rischi della biforcazione del processo, GREENWOOD, *Does Bifurcation Really Promote Efficiency?*, cit., 105 ss.

Capitolo 8
LA CONCLUSIONE DEL PROCESSO AMMINISTRATO
E L'ESAME DEL PROGETTO DI LODO

Sommario: 8.1 Il ruolo dell'istituzione nella fase conclusiva dell'arbitrato: l'esame del progetto di lodo - 8.2 Le critiche all'istituto: il problema dell'invasione delle prerogative arbitrali - 8.3 Problemi di mancato riconoscimento della decisione arbitrale - 8.4 Il sistema di impugnazione "ritenuta" nell'arbitrato ICSID

*8.1 Il ruolo dell'istituzione nella fase conclusiva dell'arbitrato:
l'esame del progetto di lodo*

Nell'arbitrato amministrato, l'istituzione arbitrale si limita a svolgere funzioni di natura non giurisdizionale, essendo l'esercizio del potere di *jus dicere* una prerogativa esclusiva del tribunale arbitrale. Taluni regolamenti, tuttavia, prevedono un intervento dell'ente in sede di controllo della sentenza arbitrale: prima che il lodo sia comunicato alle parti, l'istituzione è chiamata ad esaminarlo e, in alcune circostanze, correggerlo. Il primo regolamento a prevedere una disposizione in tema di esame del progetto di lodo è stato quello della Camera di commercio internazionale⁵²⁵; il modello, tuttavia, è oggi adottato in un ampio numero di casi, a livello sia interno⁵²⁶ che internazionale⁵²⁷. Il controllo del progetto di lodo, peraltro, è probabilmente

⁵²⁵ DERAIS – SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, L'Aia, 2005, 2^a ed., 312 ss.; CRAIG – PARK – PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Dobbs Ferry, 2000, 375 ss.; BRINER, *The Implementation of the 1998 ICC Rules of Arbitration*, in *ICC Bull.*, dicembre 1997, 8, 7, 9. La disposizione è attualmente contenuta all'art. 33.

⁵²⁶ V., nell'esperienza italiana, regolamento tipo delle Camere di commercio, art. 31 comma 4; regolamento AIA, art. 31; Regolamento di arbitrato della Camera arbitrale di Milano, art. 30 comma 4.

⁵²⁷ Regolamento di arbitrato SIAC, art. 28.2; Regolamento di arbitrato CIETAC, art. 45.

l'istituto processuale nel quale più si apprezzano le differenze intercorrenti tra le varie istituzioni arbitrali: i regolamenti, infatti, non presentano caratteristiche uniformi né per quanto riguarda l'ambito applicativo dello strumento, né in punto di *ratio* dello stesso.

Per quanto riguarda l'oggetto del controllo, nella maggioranza dei casi esso è limitato alla regolarità formale del lodo: in tal caso, la camera arbitrale si limita a verificare che gli arbitri non trasmettano ai litiganti un lodo viziato per carenza dei necessari requisiti di forma, ma non indaga in alcun modo sui contenuti della pronuncia. Tale soluzione non sembra porre particolari problemi sotto il profilo della ripartizione di competenze tra istituzione arbitrale e soggetti giudicanti: la prima, infatti, si astiene da qualsiasi valutazione in ordine alla correttezza e completezza sostanziale della decisione dei secondi⁵²⁸. Nel caso della Camera di commercio internazionale, tuttavia, il controllo è più ampio: l'istituzione può sia apportare correzioni alla forma della pronuncia, sia richiamare l'attenzione del tribunale arbitrale su questioni di merito.

Per quanto attiene alla *ratio* del controllo, in alcuni casi la fase dell'esame del progetto di lodo è obbligatoria e sembra di conseguenza iscriversi nell'ambito delle prestazioni che l'istituzione fornisce alle parti, in esecuzione del contratto di amministrazione. Nell'esperienza italiana, tuttavia, sono frequenti i casi di controllo facoltativo, rimesso alla discrezionalità del tribunale arbitrale, che può scegliere se sottoporre il progetto all'ente; in tale ipotesi, l'esame sembra costituire principalmente una prestazione fornita nell'interesse degli arbitri ed iscriversi dunque nel quadro del contratto di cooperazione arbitrale⁵²⁹. Nel regolamento dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato, la preventiva trasmissione del lodo all'istituzione (art. 31) è

⁵²⁸ CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, 695 ss.

⁵²⁹ LUISO, *Il nuovo regolamento-tipo per l'arbitrato amministrato delle Camere di commercio*, in *Riv. Arb.*, 2007, 19 si esprime in termini di "opportunità offerta agli arbitri".

finalizzata esclusivamente alla determinazione dell'onorario e delle spese dell'arbitro: in questo caso, dunque, il controllo del lodo non incide mai sui contenuti né formali né sostanziali dello stesso.

8.2 *Le critiche all'istituto: il problema dell'invasione delle prerogative arbitrali*

Il controllo del progetto di lodo è oggetto, in dottrina, di opinioni contrastanti: secondo alcuni Autori, l'affidamento di una simile funzione all'istituzione si tradurrebbe inevitabilmente in un'invasione delle prerogative giurisdizionali degli arbitri, anche ove lo scrutinio si limiti al solo dato formale⁵³⁰. È opportuno passare in rassegna le principali critiche avanzate avverso l'istituto in questione, al fine di vagliarne la fondatezza.

Anzitutto, si sostiene che l'esame del progetto di lodo violerebbe la riservatezza del procedimento, in quanto l'istituto in questione presuppone che la camera arbitrale sia messa a conoscenza dei contenuti della deliberazione e delle eventuali opinioni dissenzienti⁵³¹. Per la verità, tale critica sembra basarsi su una peculiare accezione del concetto di riservatezza, che non trova riconoscimento né negli ordinamenti nazionali, né nei trattati internazionali: la tesi, infatti, parte dall'assunto che la pronuncia arbitrale debba maturare nel

⁵³⁰ KASSIS, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale : les déviations de l'arbitrage institutionnel*, Parigi, 1988, 98 ss.: "l'arbitre doit être indépendant non seulement de la partie qui l'a désigné mais aussi de toute personne physique ou morale, y compris, cela va sans dire, de la Cour d'arbitrage qui ne fait qu'organiser et administrer l'arbitrage. (...) L'aliénation par l'arbitre de son indépendance et de sa liberté de décision est (...) inscrite dans le texte même de l'article 21 (il riferimento è al testo del regolamento della Camera di commercio internazionale vigente all'epoca dello scritto, *nda*). L'arbitre n'est pas maître de la forme". *Contra*, con riferimenti puntuali agli argomenti esposti nelle *Reflexions*, PAULSSON, *Vicarious Hypochondria and Institutional Arbitration*, in *Arb Int'l*, 1990, 3, 227, 228, 246.

⁵³¹ KASSIS, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale : les déviations de l'arbitrage institutionnel*, *cit.*, 81 ss.

rapporto esclusivo tra litiganti e soggetti decidenti, senza alcuna forma di apporto esterno. Tale presupposto non sembra poter essere condiviso: per quanto la confidenzialità sia senza dubbio un fondamentale tratto distintivo dell'arbitrato rispetto alla giustizia statale, la confidenzialità del processo privato e della relativa decisione non è un dato statico ed immutabile, ma dipende sia dalla prassi invalsa nell'ambito di riferimento⁵³², sia, soprattutto, dalla volontà concreta delle parti. Ove i paciscenti abbiano fatto riferimento ad un regolamento di arbitrato che preveda il controllo preventivo del lodo da parte dell'istituzione, quest'ultima sarà indubbiamente legittimata a conoscere i contenuti della decisione, senza che da ciò discenda alcuna violazione del vincolo di confidenzialità; l'istituzione, al contrario, si assume generalmente un dovere di riservatezza e di non divulgazione⁵³³, in modo tale da supervisionare la fase decisoria del processo salvaguardando il carattere privato dello stesso. In conclusione, la confidenzialità del procedimento non costituisce un vincolo immutabile ma un mero tratto ricorrente dell'arbitrato, generalmente riconosciuto ma suscettibile di declinazioni ed applicazioni diverse nell'esperienza pratica.

In secondo luogo, si sostiene che l'esame del progetto di lodo violerebbe il principio del contraddittorio, in quanto le parti non hanno la possibilità di fare ulteriormente valere le rispettive posizioni innanzi all'istituzione⁵³⁴. Anche questo argomento non sembra poter essere condiviso; il principio del contraddittorio, infatti, presuppone l'esercizio di un potere giurisdizionale, rispetto al quale i litiganti devono essere posti in condizione di presentare le proprie difese secondo un criterio di parità. Il controllo del lodo

⁵³² Si pensi all'arbitrato degli investimenti o all'area del diritto marittimo : v. *infra*, Parte III Cap. 1.

⁵³³ Sulla portata di tale vincolo nei vari regolamenti di arbitrato amministrato v. *infra*, Parte III Cap. 1.

⁵³⁴ KASSIS, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale : les déviations de l'arbitrage institutionnel*, cit., 96.

da parte dell'istituzione, invece, si colloca in una posizione ancillare rispetto alla missione giurisdizionale degli arbitri: dal momento che la decisione della controversia è riservata in via esclusiva ai giudici privati, i quali sottoscrivono il lodo sulla base del mandato ricevuto dalle parti, sarà esclusivamente nei confronti del tribunale arbitrale che ai litiganti dovrà essere accordato un pieno diritto a contraddire.

In terzo luogo, si afferma che l'ingerenza dell'istituzione potrebbe mettere a repentaglio l'indipendenza del tribunale arbitrale⁵³⁵. L'argomento si presta a considerazioni diverse, in base all'oggetto dell'attività di scrutinio affidata all'ente: qualora l'analisi della pronuncia attenga al mero dato formale, non sembra potersi nemmeno astrattamente immaginare una violazione dell'ambito di libertà decisionale dei giudici privati, poiché in tal caso dovrebbe ritenersi contrario alla volontà compromissoria delle parti anche il controllo effettuato dal tribunale *ex art. 825 c.p.c.* L'esame formale mira semplicemente ad evitare che la decisione degli arbitri, rimessa al giudizio esclusivo degli stessi, risulti di fatto inefficace e non spendibile sul piano esecutivo⁵³⁶. In senso contrario, si sostiene che i requisiti di forma del lodo sono talvolta inscindibili dai problemi di merito e che dunque, apportando modificazioni alla forma, l'istituzione finirebbe per influenzare in modo inaccettabile lo *jus dicere* del tribunale arbitrale⁵³⁷. Tale critica, tuttavia, si riferisce non alla fisiologia, ovvero alla prassi comunemente adottata dalla Camera di commercio internazionale o dalle altre istituzioni i cui regolamenti

⁵³⁵ KASSIS, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale : les déviations de l'arbitrage institutionnel*, cit., 102.

⁵³⁶ In tal senso, auspicando un'estensione dei poteri di scrutinio rimessi all'istituzione, si esprime GOEKJIAN, *ICC Arbitration from a Practitioner's Perspective*, in *Journal of International Law and Economics*, 1980, 3, 407, 432 e *Conducting an ICC Arbitration Proceeding*, in *Middle East Executive Reports*, febbraio 1980, 12.

⁵³⁷ KASSIS, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale : les déviations de l'arbitrage institutionnel*, cit., 98 ss.

prevedano un meccanismo di controllo formale, ma all'ipotesi patologica in cui l'ente abusi dei propri poteri al fine di prevaricare il tribunale arbitrale, privandolo della necessaria indipendenza decisionale. Adottando tale metro di giudizio, l'intero fenomeno dell'arbitrato amministrato dovrebbe considerarsi lesivo delle prerogative degli arbitri: così, ad esempio, minerebbe l'indipendenza del tribunale l'istituzione che abusi dei propri poteri di conferma e sostituzione⁵³⁸ al fine di influenzare i giudicanti ed imporre un determinato orientamento giurisprudenziale, o che accolga un'istanza di ricusazione⁵³⁹ immotivata al fine di favorire uno dei litiganti. L'argomento, dunque, prova troppo; qualora il controllo di regolarità formale del provvedimento sia effettuato correttamente, ovvero senza imporre modificazioni apparentemente attinenti alla forma ma effettivamente coinvolgenti il merito della lite, l'indipendenza degli arbitri non subisce alcuna lesione. Da tale punto di vista, occorre sottolineare come la Camera di commercio internazionale limiti il proprio controllo formale all'esame degli aspetti materiali della pronuncia e si astenga dall'apportare modificazioni unilaterali, ove esse coinvolgano la decisione su un punto di diritto sia sostanziale, sia processuale⁵⁴⁰.

Più complessa appare l'ipotesi del controllo in punto di merito: in questo caso, infatti, l'istituzione vaglia i contenuti del lodo al fine di assicurare la correttezza sostanziale del provvedimento. Qualora il regolamento attribuisse all'ente il potere di apportare autonomamente modifiche alla sentenza arbitrale, ciò si tradurrebbe indubbiamente in un'invasione delle prerogative giurisdizionali esclusive del tribunale arbitrale; la realtà del fenomeno dell'arbitrato amministrato, tuttavia, risponde ad uno schema assai diverso, improntato alla cooperazione ed al rispetto della diverse

⁵³⁸ *Supra*, Parte II Capp. 2 e 4.

⁵³⁹ *Supra*, Parte II Cap. 4.

⁵⁴⁰ PAULSSON, *Vicarious Hypochondria and Institutional Arbitration*, cit., 230.

competenze. Risulta emblematico, in tal senso, il regolamento della Camera di commercio internazionale: ai sensi dell'art. 33, l'istituzione ha solo il potere di richiamare l'attenzione degli arbitri su questioni di merito, ovvero formulare osservazioni in ordine alla correttezza e completezza della decisione, senza alcun vincolo per il tribunale, il quale avrà la facoltà di prendere in considerazione o ignorare i rilievi dell'ente⁵⁴¹. Appare evidente come la previsione in commento fornisca sufficienti garanzie per quanto riguarda la libertà del tribunale arbitrale⁵⁴²; l'introduzione di una simile regola nel regolamento della Camera di commercio internazionale, peraltro, ha avuto il fondamentale pregio di rendere possibile la nomina di arbitri privi di una preparazione specifica nel campo della controversie commerciali internazionali, i quali possono giovare dell'attività di consulenza offerta dall'istituzione⁵⁴³.

Infine, si sostiene che l'intervento dell'istituzione in sede di controllo del progetto di lodo potrebbe costituire un ostacolo al riconoscimento ed alla circolazione internazionale della decisione. Per quanto riguarda l'esecuzione in ambito italiano, atteso che il già citato art. 825 c.p.c. limita il controllo del giudice statale al mero dato formale, non sembra potersi nemmeno astrattamente ipotizzare la possibilità di un provvedimento di diniego. Per quanto riguarda il riconoscimento internazionale, invece, in dottrina e

⁵⁴¹ DANOVI, *Commento all'art. 27*, in BRIGUGLIO – SALVANESCHI (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale – Commentario*, Milano, 2005, 491.

⁵⁴² Sulla distinzione di competenze in tema di controllo del lodo v. anche BOWMAN RUTLEDGE, *On the Importance of Institutions: Review of Arbitral Awards for Legal Errors*, in *J. Int. Arb.*, 2002, 81.

⁵⁴³ PAULSSON, *Vicarious Hypochondria and Institutional Arbitration*, *cit.*, 230: "(t)he ICC Court's scrutiny of awards makes it easier for parties and the Court, knowing that mistakes of ignorance may be averted, to accept arbitrators with little or no experience in International cases. There is no question but that this factor enables the ICC to increase the pool of prospective arbitrators, all the while holding true to its standards".

giurisprudenza sono state sostenute tesi diverse, meritevoli di un'analisi dettagliata.

8.3 Problemi di mancato riconoscimento della decisione arbitrale

Parte della dottrina⁵⁴⁴ rileva come il coinvolgimento dell'istituzione nel meccanismo di emanazione del lodo potrebbe comportare il mancato riconoscimento della decisione arbitrale: in proposito, si fa usualmente riferimento al caso dell'arbitrato concernente gli appalti per la costruzione della diga di Keban, in Turchia⁵⁴⁵. Nel caso di specie, la suprema autorità giurisdizionale turca rifiutò il riconoscimento di un lodo emesso all'esito di un arbitrato amministrato dalla Camera di commercio internazionale; secondo tale pronuncia, infatti, l'intervento dell'istituzione in sede di controllo del progetto di lodo contrasterebbe con la volontà delle parti di deferire agli arbitri la decisione della controversia e violerebbe quindi l'ordine pubblico. Tuttavia, analizzando le circostanze ed i contenuti della pronuncia, non sembra di poter trarre indicazioni decisive in punto di riconoscimento del lodo: anzitutto, si consideri che all'epoca della decisione la Turchia non era

⁵⁴⁴ RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., Padova, 2006, 525 ss.; E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, in CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, § 7 d); KASSIS, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale : les déviations de l'arbitrage institutionnel*, cit., 98 ss.; SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tubinga, 1975, 480.

⁵⁴⁵ Decisione n. 76/1052 del 10 marzo 1978, *Compagnie de Construction Internationale, Compagnie Francaise d'Expertise et Société Impregilo c/ D.S.I.*, Corte Suprema Turca, riportata in lingua inglese in *Arbitration – The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, 1980, 241, con nota di RUBINO SAMMARTANO. A tale decisione, per la verità, si potrebbe assimilare anche la pronuncia emessa da un tribunale amministrativo siriano nel 1988 e successivamente annullata dal Consiglio di Stato (26 dicembre 1994, decisione n. 271/1), richiamata da SCHWARTZ, *Arbitration Awards – Challenge and Enforcement*, in *Globalization and Harmonization of Basic Notions in International Arbitration*, Hong Kong, 1995, 141, 148.

ancora firmataria della Convenzione di New York⁵⁴⁶ e che oggi l'orientamento in questione risulta ampiamente superato, come efficacemente illustrato in dottrina⁵⁴⁷. L'assenza di un trattato concernente il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri, sui cui peraltro il giudice turco fa espressamente leva per motivare il proprio diniego, è una peculiarità che di per sé non consente di inferire conclusioni applicabili alla generale esperienza della circolazione internazionale del lodo. Inoltre, il giudice nazionale rinviene indici di violazione dell'ordine pubblico in una serie di attività proprie dell'arbitrato amministrato (la nomina degli arbitri, la ricezione della domanda di arbitrato e la gestione della causa da parte dell'istituzione; la trasmissione al tribunale arbitrale del fascicolo del procedimento da parte della segreteria della Camera; il controllo di regolarità del progetto di lodo) non tanto perché esse coartino la libertà decisionale degli arbitri, quanto per la mancanza di previsioni concernenti il fenomeno dell'arbitrato amministrato nel codice di procedura civile turco⁵⁴⁸. In forza di un simile argomento, non

⁵⁴⁶ La Turchia ha sottoscritto la Convenzione di New York il 2 luglio 1992. Detto trattato è entrato in vigore il 30 settembre 1992, con clausola di reciprocità e riserva di limitazione ai rapporti commerciali.

⁵⁴⁷ TEKINAY, *Turkey's Adhesion to the Geneva and New York Conventions*, in *ICC Bull.*, 1992, 3, 1, 14; in senso di forte critica rispetto agli assunti su cui si basa la pronuncia *Keban v. anche KORAL*, *L'exécution des sentences arbitrales étrangères en Turquie*, in *Rev. Arb.*, 1989, 467 e TEKINAY, *The Turkish Situation in the Field of International Commercial Arbitration*, in *Revue du droit des affaires internationales*, 1989, 2, 161. Circa gli attuali orientamenti della giurisprudenza turca in materia di arbitrato internazionale v. SÜRAL, *Nearly a Decade On - The Perception of International Arbitration Law by Turkish Courts*, in *Arb. Int.*, 2010, 421.

⁵⁴⁸ "The fact that in the arbitration agreement the appointment and the procedure to be followed by the arbitrators were subject to the ICC regulations, the submission of the request to arbitrate to the Secretary of the ICC Court of Arbitration, the fact that the file had to be transferred to the arbitrators by the Secretary of the Court, the requirement of the approval of the award by said Court of Arbitration, they all show that the Turkish procedural rules were not applied in their proper sense, since our procedural rules do not foresee a Court of Arbitration or Secretary". Non si vede come semplici adempimenti di cancelleria, quali la ricezione della domanda di arbitrato o la

sembra che il lodo emesso all'esito di un arbitrato amministrato dalla Camera di commercio internazionale avrebbe potuto trovare riconoscimento, anche in assenza della disposizione regolamentare concernente il controllo del progetto di lodo; una simile previsione, dunque, non assume in ogni caso rilevanza decisiva in punto di circolazione internazionale della decisione.

La piena liceità dell'intervento di un soggetto aventi funzioni amministrative in fase di controllo del progetto di lodo è stata successivamente confermata in innumerevoli ordinamenti nazionali⁵⁴⁹: anche nel caso in cui il tribunale arbitrale si avvalga della consulenza di un terzo non investito di funzioni internazionale, il quale prenda parte alla stesura del lodo⁵⁵⁰, il riconoscimento dello stesso non potrà essere negato per violazione

trasmissione del fascicolo, possano essere considerati contrari all'ordine pubblico in quanto invasivi delle prerogative giurisdizionali dei soggetti giudicanti; a contrario, dunque, non si può che ritenere che il giudice turco abbia fatto discendere dall'assenza di una previsione legittimante lo svolgimento di un arbitrato amministrato la contrarietà ad ordine pubblico di tale figura. La pronuncia in esame, peraltro, fa riferimento ad un ordinamento processualcivilistico assai diverso da quello odierno: dal 2001, la Turchia adotta una legislazione in materia di arbitrato costruita, per ampi tratti, sulla legge modello UNCITRAL.

⁵⁴⁹ 22 maggio 2002, Tribunal de grande instance di Parigi, *Société Lear c/ Chambre de Commerce Internationale*, in DERAÏNS – SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, cit., 2^a ed., 18; 20 febbraio 2001, Cour de Cassation, *Société Cubic Défense System Inc. v. Chambre de Commerce International CCI*, in *Rev. Arb.*, 2001, 511; 16 luglio 1990, Tribunal fédéral suisse, *Syrian Petroleum Company c/ GTM-Entrepose S.A.*, in DERAÏNS – SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, cit., 316; 18 gennaio 1990, Bundesgerichtshof, traduzione inglese in *XVII Yearbook Commercial Arbitration*, 503; 12 dicembre 1989, Cour d'appel di Parigi, *Société Binaate Maghreb c/ Société Screg Routes*, in GRISEL, *Control of Awards and Re-centralisation of International Commercial Arbitration*, in *Civil Justice Quarterly*, 2006, 166, 175; 8 giugno 1983, Cour d'appel di Parigi, *Société Appareils Dragon c/ Empresa central de abastecimientos y ventas de equipos*, in *Rev. Arb.*, 1987, 309; 22 gennaio 1982, Cour d'appel di Parigi, *Société Appareils Dragon c/ Société Construimport*, in *Rev. Arb.*, 1982, 91; 23 gennaio 1974, Cour de Cassation, *Société Schutte Lanz c/ Veuve Gallais*, in GRISEL, *op. cit.*, 175.

⁵⁵⁰ Nel caso dell'arbitrato amministrato, l'intervento dell'istituzione è previsto dal regolamento e dunque preventivamente accettato dai compromittenti. Parte della dottrina tedesca, peraltro, giunge al punto di estendere la liceità dell'intervento del terzo in fase di stesura del lodo anche qualora le parti non abbiano fornito alcun assenso in tal senso: SCHÜTZE - TSCHERNING -

dell'ordine pubblico⁵⁵¹. Alla luce di tale orientamento, non si vede come l'intervento dell'istituzione arbitrale, anche laddove comprenda rilievi di merito come nel caso della Camera di commercio internazionale, possa costituire un ostacolo al riconoscimento del lodo⁵⁵².

8.4 Il sistema di impugnazione “ritenuta” nell'arbitrato ICSID

Si è illustrato come il controllo preventivo del progetto di lodo da parte dell'istituzione risponda ad una logica di assoluto rispetto delle prerogative giurisdizionali degli arbitri; l'istituzione si limita a correggere elementi formali o a richiamare l'attenzione dei soggetti decidenti su questioni rilevanti, ma non determina in alcun caso i contenuti della pronuncia arbitrale. Un'eccezione a tale regola è costituita dalla Convenzione ICSID⁵⁵³: ai sensi

WAIS, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, Berlino, 1985, n. 519; *contra*, tuttavia, MAIER, *Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit*, Herne, 1979, n. 380; KESSLER, *Schiedsgerichtsvertrag und Schiedsgerichtsverfahren*, Monaco, 1970, 46.

⁵⁵¹ 18 gennaio 1990, Bundesgerichtshof, *cit.*: “(T)he participation of a legal consultant in the arbitral proceedings” (nel caso di specie un segretario, ma le considerazioni appaiono pienamente applicabili anche all'ente di amministrazione) “is not reason enough to make the recognition of the award manifestly irreconcilable with a fundamental principle of German law. Such irreconcilability is not necessarily the result of a foreign arbitral procedure deviating from mandatory domestic procedural rules. What is required is rather an infringement of international public policy (*ordre public*) (...). The recognition of foreign arbitral awards thus is governed normally by a less stringent regime than domestic awards. Leave to enforce foreign awards will only be refused when the arbitral proceedings have been affected by a serious shortcoming touching upon the fundamental principles of economic and constitutional life (...). From this point of view the participation of a legal consultant in the arbitral proceedings, of which the respondent complains, cannot hinder the recognition of the arbitral awards in question”. Posizioni simili sono espresse da BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2009, 2^a ed., 2851.

⁵⁵² DERAIS – SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, *cit.*, 316: “(n)ot only the legitimacy but the desirability of the scrutiny process is today widely recognized”.

⁵⁵³ *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, Washington, 27 agosto 1965, 16 U.S.T. 1270, T.I.A.S. 6090, 575 U.N.T.S. 159.

dell'art. 52 di tale trattato, ciascuna delle parti può impugnare il lodo innanzi ad uno speciale comitato interno all'istituzione, composto da tre membri⁵⁵⁴. I motivi di impugnazione comprendono la non corretta costituzione del tribunale arbitrale, la carenza di potestà giurisdizionale, la corruzione di un membro del collegio, la violazione di una regola fondamentale di procedura e l'assenza di motivazioni; qualora la doglianza risulti fondata, l'istituzione potrà modificare i contenuti della pronuncia. In questo caso, non è possibile rinvenire un netto riparto di competenze tra istituzione e tribunale arbitrale; entrambi i soggetti sono, almeno sul piano potenziale, chiamati a svolgere funzioni giurisdizionali. L'eccezione, tuttavia, si giustifica sulla base delle peculiarità dell'arbitrato ICSID: l'esistenza di una controversia coinvolgente uno Stato impone la creazione di un sistema di giustizia a-statuale, nel quale anche l'eventuale impugnazione sia posta al riparo dal vaglio dell'autorità giudiziaria statale, che potrebbe essere priva dei necessari caratteri di imparzialità⁵⁵⁵. Per le stesse ragioni, non sembra che il modello qui sommariamente descritto possa trovare estensione né nel campo delle controversie commerciali internazionali coinvolgenti esclusivamente soggetti privati, né *a fortiori* nell'arbitrato di diritto interno, relativamente al quale la camera arbitrale non potrà che limitarsi a fornire servizi di supporto ed amministrazione del procedimento.

⁵⁵⁴ BURGSTALLER – ROSENBERG, *Challenging International Arbitral Awards: to ICSID or not to ICSID?*, in *Arb. Int.*, 2011, 91; GAILLARD, introduzione a GAILLARD - BANIFATEMI (a cura di), *Annulment of ICSID Awards*, New York, 2004, 5 ss; GIARDINA, *ICSID: A Self-Contained, Non-National Review System*, in LILLICH - BROWER (a cura di), *International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?*, Irvington, 1994, 199; CARON, *Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal*, in *ICSID Rev. – Foreign Inv. L. J.*, 1992, 7, 21; REDFERN, *ICSID – Losing its Appeal?*, in *Arb. Int.*, 1987, 3, 98.

⁵⁵⁵ L'aumento del carico di lavoro dell'ICSID è coinciso con un incremento del numero di impugnazioni: v. KINNEAR, *Institutional Developments at ICSID*, in *ICSID Rev.*, 2009, 17, 20.

Capitolo 9

LA LIQUIDAZIONE DEGLI ONORARI

Sommario: 9.1 La liquidazione degli onorari da parte dell'istituzione - 9.2 Il sistema delle anticipazioni e le conseguenze del mancato pagamento

9.1 La liquidazione degli onorari da parte dell'istituzione

Ex art. 814 comma 1 c.p.c., gli arbitri hanno diritto al rimborso delle spese ed all'onorario per l'opera prestata, a meno che non vi abbiano rinunciato al momento dell'accettazione o con atto scritto successivo; nell'arbitrato *ad hoc*, il compenso può essere stabilito *a priori*, ad esempio con una pattuizione contestuale al perfezionamento del contratto di mandato arbitrale, oppure quantificato *a posteriori* dagli stessi soggetti decidenti, al momento dell'emanazione del lodo⁵⁵⁶. In tale seconda ipotesi, la liquidazione non è vincolante⁵⁵⁷: essa deve essere accettata dalle parti, ai sensi dell'art. 814 comma 2 c.p.c. Si tratta, dunque, di una semplice proposta; in caso di mancata accettazione da parte dei litiganti, il citato art. 814 c.p.c. predispone lo strumento del procedimento presidenziale di quantificazione delle spettanze arbitrali, al termine del quale sarà emessa un'ordinanza reclamabile, avente efficacia esecutiva.

⁵⁵⁶ In senso critico rispetto a tale pratica si è espressa la giurisprudenza francese: BOLARD, *Le principe de la contradiction dans l'instance arbitrale*, in *Rev. Arb.*, 1998, 684, 696; FOUCHARD, *Le Statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*, in *Rev. Arb.*, 1996, 325 ss.; JARROSSON, *Fixation des honoraires de l'arbitre dans la sentence elle-même et bénéfice de l'autorité de la chose jugée*, nota a Cour de Cassation 2^e civ., 28 ottobre 1987, in *Rev. Arb.*, 1988, 149.

⁵⁵⁷ Tale regola si rinviene nella generalità degli ordinamenti nazionali, quale espressione del principio *nemo index in causa sua*. KOCH, *The Limits of Arbitrator's Powers to Adjudicate Fees and Expenses*, in *Arb. Int.*, 2011, 233, con particolare riferimento alle posizioni della giurisprudenza svizzera.

Atteso che nell'ambito dell'arbitrato amministrato si prevede frequentemente che gli onorari degli arbitri siano quantificati dall'istituzione, occorre chiarire se anche tale meccanismo risponda allo schema della proposta contrattuale. La maggior parte dei regolamenti arbitrali contiene una tabella, a mezzo della quale gli onorari del tribunale arbitrale sono parametrati al valore della controversia; in casi particolari, tuttavia, i regolamenti conferiscono all'istituzione il potere di quantificare gli onorari in misura maggiore o minore di quanto risultante dalle tabelle⁵⁵⁸. Il meccanismo in questione risponde allo schema di cui all'art. 1349 c.c.⁵⁵⁹: la camera arbitrale svolge funzioni di arbitratore e determina l'oggetto della prestazione dedotta nel contratto di mandato arbitrale. Conseguentemente, non è possibile ricorrere al procedimento di quantificazione *ex art. 814 c.p.c.*; tale circostanza, peraltro, non presenta particolari profili problematici, in quanto la determinazione presidenziale degli onorari costituisce una delle funzioni del *juge d'appui* ed è quindi destinata ad operare solo residualmente, laddove le parti contrattuali (litiganti ed arbitri) non siano risultate in grado di determinare l'oggetto della

⁵⁵⁸ Regolamento tipo delle Camere di commercio, art. 37; Regolamento della Camera arbitrale di Milano, art. 36 comma 6; Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale, art. 37(2); Regolamento di arbitrato SCC, Appendice III, art. 2(4). L'art. 32 del regolamento AAA ICDR segue un modello diverso, in cui l'istituzione fissa gli onorari su base oraria o giornaliera.

⁵⁵⁹ CAPONI, *Commento all'art. 832 c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1428; *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, 683; E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, in CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, 397 *sub nota* 51; ORLANDI, voce *Compenso*, in IRTI (a cura di), *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, 170; BRIGUGLIO, in BRIGUGLIO – FAZZALARI – MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 88; in senso analogo, con riferimento agli arbitrati dei lavori pubblici, LUISO, *La liquidazione del compenso negli arbitrati dei lavori pubblici*, in *Riv. Arb.*, 2008, 171; BATTISTINI, *Il sistema di riscossione degli onorari arbitrali nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. Arb.*, 2003, 895; BORGHESI, *Il regolamento di procedura della Camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Corr. giur.*, 2001, 951.

prestazione autonomamente⁵⁶⁰. Qualora il patto compromissorio faccia riferimento ad un regolamento di arbitrato che attribuisce all'istituzione il potere di determinare gli onorari del tribunale arbitrale, si deve ritenere che i litiganti e gli arbitri abbiano stipulato un accordo relativo ai compensi, non indicando una somma determinata, ma facendo riferimento ad un arbitratore: ciò, di per sé, esclude l'utilizzabilità del procedimento presidenziale, il quale presuppone che gli arbitri abbiano liquidato i propri onorari "direttamente" e dunque unilateralmente, a titolo di semplice proposta. Peraltro, la presenza delle menzionate tabelle esclude che l'istituzione possa svolgere le proprie funzioni di arbitratore secondo un criterio di mero arbitrio: il giudice dello Stato potrà dunque essere chiamato a valutare l'iniquità o la manifesta erroneità della liquidazione.

Il provvedimento di liquidazione emesso dall'istituzione non ha efficacia di titolo esecutivo; in caso di mancato adempimento, pertanto, gli arbitri dovranno munirsi di un titolo esecutivo giudiziale⁵⁶¹. Non potendo avvalersi del procedimento presidenziale, sembra che ai membri del tribunale arbitrale non sia aperta altra strada se non quella dell'ordinaria tutela dichiarativa; i litiganti, in tale sede, potranno difendersi allegando la non corretta esecuzione della prestazione di arbitraggio (si pensi all'errore nell'individuazione del valore della controversia, o nel calcolo di onorari per attività non svolte).

La circostanza che gli onorari degli arbitri siano quantificati dall'istituzione conduce, nell'esperienza italiana, a ritenere l'arbitrato

⁵⁶⁰ *Contra*, tuttavia, con riferimento all'arbitrato dei lavori pubblici, VERDE, *Le funzioni «paragiurisdizionali» della Camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. Arb.*, 2001, 160, secondo cui il procedimento di determinazione giudiziale degli onorari non sarebbe legittimamente sostituibile con quello camerale.

⁵⁶¹ In senso analogo VERDE, *Sulla liquidazione dei compensi degli arbitri nell'arbitrato delle opere pubbliche*, in *Riv. Arb.*, 2006, 336.

amministrato una soluzione economicamente più vantaggiosa per le parti, rispetto ad un procedimento *ad hoc*⁵⁶². Tuttavia, non sembra che da tale osservazione empirica, sicuramente valida per quanto riguarda le Camere di commercio in Italia, possano derivare considerazioni universalmente applicabili all'esperienza dell'arbitrato amministrato: in ambito internazionale, infatti, la quantificazione degli onorari effettuata dalle istituzioni arbitrali indica spesso cifre non inferiori a quelle che gli arbitri verosimilmente richiederebbero in assenza di un ente di amministrazione⁵⁶³. Atteso che a tale somme si aggiungono le spettanze della camera arbitrale, molti Autori sostengono che la via dell'arbitrato amministrato sarebbe generalmente più costosa di quella dell'arbitrato *ad hoc*⁵⁶⁴.

9.2 Il sistema delle anticipazioni e le conseguenze del mancato pagamento

Generalmente, l'istituzione arbitrale chiede alle parti di versare una somma a titolo di anticipazione al momento dell'apertura del procedimento arbitrale; tale somma comprende una parte dei compensi dovuti sia all'istituzione, sia agli arbitri. In caso di mancato pagamento, alcuni regolamenti prevedono la possibilità di suddividere il valore della

⁵⁶² E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, cit., § 1; CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, 672; FAZZALARI, *La cultura dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1991, 1; LUISO, *L'arbitrato delle Camere di commercio*, relazione al convegno *L'arbitrato al servizio dell'impresa*, Lucca 10 giugno 1988, 31 ss.

⁵⁶³ Il contrasto di opinioni in punto di congruenza degli onorari arbitrali rispetto all'attività prestata nell'arbitrato amministrato dalla Camera di commercio internazionale è ben sintetizzato da BOND, *Post-conference review of ICC arbitration*, in in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 78, 86 ss.

⁵⁶⁴ BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2009, 2^a ed., 150; MARRIOTT, *Breaking the Deadlock*, in *Arb. Int.*, 2006, 411; LEW - MISTELIS - KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, 35.

controversia, così che a ciascuna parte possa essere richiesto un importo correlato al valore delle rispettive domande⁵⁶⁵. La previsione in esame costituisce un importante elemento differenziale rispetto all'arbitrato *ad hoc*: in assenza di una simile previsione regolamentare, infatti, qualora una delle parti non presti l'anticipazione richiesta e l'altra si rifiuti di coprire la totalità delle spese, la convenzione di arbitrato non vincolerà più i litiganti con riguardo alla controversia all'origine del procedimento, *ex art. 816 septies*. Il meccanismo di frammentazione delle anticipazioni, invece, consente di mantenere in vita la convenzione di arbitrato e, soprattutto, il procedimento pendente: il mancato versamento di parte delle anticipazioni varrà come rinuncia alle relative domande, mentre l'arbitrato potrà proseguire limitatamente ai *petita* residui⁵⁶⁶. Autorevole dottrina si sottolinea come tale meccanismo, “ampliando agli onorari degli arbitri e ai compensi dell'istituzione l'ambito dell'anticipazione”, costituisca una deroga all'art. 816 *septies*⁵⁶⁷, legittima ai sensi dell'art. 2234 c.c. L'osservazione appare pienamente condivisibile qualora si interpreti letteralmente la locuzione “spese prevedibili”; nel caso in cui, invece, la norma in questione sia interpretata estensivamente, così da comprendere anche i corrispettivi per le prestazioni intellettuali svolte oltre agli esborsi necessari al materiale svolgimento dell'arbitrato⁵⁶⁸, la disposizione regolamentare non costituirebbe una deroga ma una semplice modalità di applicazione del disposto codicistico. Il meccanismo, in ogni caso, sarebbe pienamente legittimo, avendo sia le parti che gli arbitri acconsentito all'applicazione del regolamento di arbitrato e

⁵⁶⁵ Regolamento tipo delle Camere di commercio, art. 39 comma 1.

⁵⁶⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, 1007 ss.

⁵⁶⁷ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. ult. cit.*, 1008.

⁵⁶⁸ VERDE, *Diritto dell'arbitrato*; Torino, 2005, 3a ed., 145; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, 62; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, 407; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 459.

dunque incorporato i contenuti dello stesso nella propria pattuizione contrattuale⁵⁶⁹.

⁵⁶⁹ GAILLARD, *Laws and Court Decisions in Civil Law Countries*, intervento nella discussione *Conduct by a Party to Disrupt Establishing the Tribunal and Starting the Arbitral Proceedings*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 5 – I. Preventing delay and disruption of arbitration – II. Effective proceedings in construction cases*, Boston, 1990, 104, 106, nota icasticamente come la limitazione della possibilità della parte inadempiente di formulare domande non possa spingersi fino alla compressione del contraddittorio e del diritto di difesa: “(a) (...) possible sanction against the party refusing to make advance deposits of his share of the costs would entail that party’s forfeiting his right to present his defence on the merits and, *a fortiori*, to make a counter-claim. It is up to the arbitration rules or the arbitral tribunal itself to rule on this question but one could argue that the automatic forfeiture of the right to present a defence is too great an interference with the respondent’s rights and the requirements of due process. Such a solution thus would have to be handled with the greatest care”.

PARTE III
L'ISTITUZIONE ARBITRALE COME SOGGETTO

Capitolo 1

I DOVERI DI CONFIDENZIALITÀ DELL'ISTITUZIONE

Sommario: 1.1 La confidenzialità dell'arbitrato nelle legislazioni nazionali e nei regolamenti – 1.2 La frammentazione dell'obbligo di confidenzialità nel futuro dell'arbitrato amministrato.

1.1 La confidenzialità dell'arbitrato nelle legislazioni nazionali e nei regolamenti

La confidenzialità è uno degli aspetti distintivi dell'arbitrato rispetto alla giustizia statale⁵⁷⁰; tuttavia, essa non è espressamente richiamata né dalle

⁵⁷⁰ HWANG - THIO, *A Proposed Model Procedural Order on Confidentiality in International Arbitration: A Comprehensive and Self-Governing Code*, in *J. Int. Arb.*, 2012, 137; COOK - GARCIA, *International Intellectual Property Arbitration*, L'Aia, 2010, 46 ss, 229 ss.; CROOKENDEN, *Who Should Decide Arbitration Confidentiality Issues?*, in *Arb. Int.*, 2009, 603; KNAHR, *Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2007, 327; KNAHR – REINISCH, *Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise*, in *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2007, 97; ROGERS, *Transparency in International Commercial Arbitration*, in *Kansas Law Review*, 2006, 1304; KOURIS, *Confidentiality: Is Arbitration Losing One of Its Main Benefits?*, in *J. Int. Arb.*, 2005, 127; MISTELIS, *Confidentiality and Third Party Participation*, in *Arb. Int.*, 2005, 211; NAIMARK – KEER, *International Private Commercial Arbitration – Expectations and Perceptions of Attorneys and Business People*, in DRAHOZAL – NAIMARK, *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research*, L'Aia, 2005, 43; REYMOND, *Confidentiality in a Forum of Last Resort? Is the Use of Confidential Arbitration A Good Idea for Business and Society?*, in *Am. Rev. Int. Arb.*, 2005, 479; TWEEDDALE, *Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception*, in *Arb. Int.*, 2005, 59; REDFERN – HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4^a ed., Londra, 2004, 32; GANTZ, *The Evolution of the FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement*, in *American University International Law Review*, 2004, 679; BUYS, *The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration*, in *Am. Rev. Int. Arb.*, 2003, 121; DENOIX DE SAINT MARC, *Confidentiality of Arbitration and the Obligation to Disclose Information on Listed Companies or During Due Diligence Investigations*,

convenzioni internazionali in materia di giustizia privata, né dalle legislazioni nazionali⁵⁷¹. Alcuni ordinamenti, anzi, arrivano ad affermare che, in assenza di un'espressa pattuizione, l'arbitrato non conosce alcun vincolo di confidenzialità⁵⁷². Un riferimento alla confidenzialità del procedimento è,

in *J. Int. Arb.*, 2003, 211; GRUNER, *Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, 923; OAKLEY WHITE, *Confidentiality Revisited – Is International Arbitration Losing One of Its Many Benefits?*, in *Int. Arb. L. Rev.*, 2003, 29; RAWDING - SEEGER, *Aegis v. European Re and the Confidentiality of Arbitration Awards*, in *Arb. Int.*, 2003, 483; TRAKMAN, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2002, 1; BAGNER, *Confidentiality – A Fundamental Principle of International Commercial Arbitration?*, in *J. Int. Arb.*, 2001, 243; BROWN, *Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration*, in *American University Law Review*, 2001, 969; FRACASSI, *Confidentiality and NAFTA Chapter 11 Arbitrations*, in *Chicago Journal of International Law*, 2001, 213; PRÜTTING, *Vertraulichkeit in der Schiedsgerichtsbarkeit und in der Mediation*, in *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Colonia, 2001, 629; LEAHY – BIANCHI, *The Changing Face of International Arbitration*, in *J. Int. Arb.*, 2000, 4, 19; REID, *Confidentiality – An Algorithm*, in *Stockholm Arbitration Report*, 2000, 53; FORTIER, *The Occasional Unwarranted Assumption of Confidentiality*, in *Arb. Int.*, 1999, 131; PARTASIDES, *Bad News From Stockholm: Blank and Confidentiality Ad Absurdum*, in *Mealey's Int. Arb. Rep.*, 1998, 12, 20; DESSEMONTET, *Arbitration and Confidentiality*, in *Am. Rev. Int. Arb.*, 1996, 229; ROGERS – MILLER, *Non-Confidential Arbitration Proceedings*, in *Arb. Int.*, 1996, 319; COLLINS, *Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings*, in *Arb. Int.*, 1995, 321; NEILL, *Confidentiality in Arbitration*, in *Arb. Int.*, 1995, 287; PAULSSON – RAWDING, *The Trouble with Confidentiality*, in *Arb. Int.*, 1995, 303; SMIT, *Confidentiality in Arbitration*, in *Arb. Int.*, 1995, 337; TASHIRO, *Quest for A Rational and Proper Method for the Publication of Arbitral Awards*, in *J. Int. Arb.*, 1992, 2, 97.

⁵⁷¹ Anche la legge modello UNCITRAL non si esprime nel senso della confidenzialità dell'arbitrato, nonostante che una proposta in questo senso fosse stata avanzata in sede di redazione: v. sul punto BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2009, 2^a ed., 2254, con riferimento al documento UN A/CN.9/207, in *UNCITRAL Yearbook XII*, 1981, 75, 90, reperibile su http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1981-e/yb_1981_e.pdf. Fanno eccezione Spagna (legge sull'arbitrato, art. 24 comma 2), Romania (l'art. 353 del codice di procedura civile prevede addirittura un profilo di responsabilità dell'arbitro in caso di rivelazione di informazioni riguardanti il procedimento senza il consenso delle parti) e Nuova Zelanda (Arbitration Act, artt. 14 e ss.).

⁵⁷² V. nella giurisprudenza statunitense *Contship Container Limes, Ltd v. PPG Indus., Inc.*, 2003 WL 1948807 (S.D.N.Y. 2003); *Caringal v. Karteria Shipping, Ltd*, 2001 WL 874705 (E.D. La. 2001); *A.T. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 989 P.2d 219 (Colo. App. 1999); *United States of America v. Panhandle*

invece, contenuto nella maggior parte dei regolamenti di arbitrato amministrato⁵⁷³; il dovere di riservatezza è dunque imposto dalla volontà delle parti, le quali facciano riferimento a taluno di detti regolamenti nel proprio patto compromissorio. Tuttavia, il panorama non è perfettamente omogeneo: alcune regolamenti, infatti, pur facendo riferimento alla confidenzialità, limitano la rilevanza della stessa a determinate attività, quale ad esempio lo svolgimento delle udienze⁵⁷⁴. In altre ipotesi, l'istituzione arbitrale compie una scelta esplicita nel senso della limitazione⁵⁷⁵ dell'area di rilevanza della

Eastern Corp., 118 F.R.D. 346 (C.D. Cal. 1988); *Giacobazzi Grandi Vini SpA v. Renfield Corp.*, 1987 U.S. Dist. LEXIS 1783 (S.D.N.Y. 1987); *Industrotech Constructors, Inc. v. Duke University*, 314 S.E.2d 272 (N.C. App. 1984); *Milone v. Gen. Motors Corp.*, 446 N.Y.S.2d 650 (N.Y. App. Div. 1981). In senso analogo si orienta anche la giurisprudenza australiana: v. *Esso Australia Resources Ltd v. Plowman*, in *XXI Yearbook Commercial Arbitration*, 137, 151. Nell'ordinamento svedese, l'assenza di un dovere di confidenzialità (salvo diversa previsione contenuta nel patto compromissorio) è stata affermata dalla Corte Suprema in *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. A.I. Trade Fin. Inc.*, in *XXVI Yearbook Commercial Arbitration*, 291. V. LEW - MISTELIS - KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, 660 per un interessante riferimento storico al caso *Lena Goldfields Ltd v. USSR*, che fu trattato in udienza pubbliche e trovò diffusione sia presso la stampa generalista (*The Times*, 3 Settembre 1930) sia in sede scientifica (*Cornell Law Quarterly*, 1950-51, 36, 31).

⁵⁷³ DIMOLITSA, *Institutional rules and national regimes relating to the obligation of confidentiality on parties in arbitration*, in *Confidentiality in arbitration : commentaries on rules, statutes, case law and practice*, supplemento a *ICC Bull.*, Parigi, 2009, 5. *Ex plurimis* v. Regolamento di arbitrato AAA ICDR, art. 34; Regolamento di arbitrato LCIA, art. 30; Regolamento di arbitrato SCC, art. 46; Regolamento di arbitrato NAI, art. 55; Regolamento di arbitrato WIPO artt. 73 – 76; Regolamento di arbitrato SIAC, art. 35; nell'esperienza italiana v. regolamento di arbitrato tipo delle Camera di commercio, art. 41; regolamento di arbitrato della Camera arbitrale di Milano, art. 8.

⁵⁷⁴ È questo il caso del Regolamento di arbitrato CIETAC, art. 33. In termini analoghi, con esclusivo riferimento alle udienze, si esprime anche il regolamento di arbitrato UNCITRAL, all'art. 28.

⁵⁷⁵ La medesima limitazione può, ovviamente, essere operata anche in via pattizia, in assenza di disposizioni regolamentari in tal senso: v. PAULSSON - RAWDING - REED - SCHWARTZ, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR - Clauses in International Contracts*, 2a edizione, L'aia, 1999, 82.

confidenzialità: è questo il caso della Camera di commercio internazionale⁵⁷⁶. Il regolamento ICC, infatti, prevede un obbligo di confidenzialità esclusivamente in capo agli organi amministrativi dell'istituzione, ma non ai tribunali arbitrali⁵⁷⁷; gli arbitri possono discrezionalmente adottare le misure che ritengano più opportune al fine di garantire la confidenzialità del procedimento, in base alle esigenze del caso di specie⁵⁷⁸. La *ratio* alla base delle disposizioni regolamentari in commento sembra risiedere nella considerazione che la confidenzialità, pur costituendo un carattere generalmente proprio di ogni procedimento arbitrale, può assumere portata diversa, in base alle esigenze concrete delle parti e delle peculiarità della controversia⁵⁷⁹: così, ad esempio, una causa avente ad oggetto la violazione di un segreto industriale necessita di un grado di confidenzialità molto superiore rispetto ad una lite concernente questioni di dominio pubblico⁵⁸⁰. Il coinvolgimento del tribunale arbitrale nella valutazione del grado di confidenzialità necessario è un tratto estremamente interessante dell'arbitrato amministrato dalla Camera di commercio internazionale; in passato, infatti, si sono dati casi nei quali le parti hanno dimostrato una totale assenza di interesse per il carattere confidenziale dell'arbitrato ed hanno, anzi, provveduto a rendere noti i contenuti del procedimento⁵⁸¹. Inoltre, le recenti

⁵⁷⁶ Sulla scelta della commissione incaricata di aggiornare il regolamento di arbitrato nel 1998 di non estendere indiscriminatamente l'obbligo di confidenzialità v. DERAIS – SCHWARTZ, *A guide to the ICC Rules of Arbitration*, L'Aia, 2005, 2ª ed., 284 ss.

⁵⁷⁷ Regolamento di arbitrato ICC, appendice I art. 1 ed appendice II art. 1.

⁵⁷⁸ Regolamento di arbitrato ICC, art. 22(3); una limitazione alla generale discrezionalità degli arbitri in punto di confidenzialità è prevista dall'art. 26(3), che stabilisce il carattere privato delle udienze salvo diverso accordo del tribunale e di tutte le parti.

⁵⁷⁹ FORTIER, *The Occasional Unwarranted Assumption of Confidentiality*, *cit.*, 132-133.

⁵⁸⁰ Per questo motivo, il citato art. 22(3) fa espresso riferimento a segreti commerciali ed informazioni confidenziali.

⁵⁸¹ *Andersen Consulting Business Unit Member Firms vs. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Cooperative*, in *Am. Rev. Int. Arb.*, 1999, 437; *CME Czech Republic BV v.*

rilevazioni statistiche dimostrano come una rilevante percentuale degli operatori che utilizzano lo strumento arbitrale non sono indotti a fare ciò dal carattere confidenziale del procedimento⁵⁸².

1.2 La frammentazione dell'obbligo di confidenzialità nel futuro dell'arbitrato amministrato

Il tema della confidenzialità del procedimento riflette la duplice natura dell'arbitrato amministrato: se da un lato l'assenza di informazioni tutela il carattere privato del procedimento e può talora costituire un importante vantaggio del processo privato rispetto alla giustizia statale, dal lato opposto la tendenza alla pubblicazione di informazioni riguardanti la giustizia privata contribuisce senza dubbio a consolidare il ruolo istituzionale degli enti di gestione, quali espressione di un sistema di giustizia alternativo a quello pubblico⁵⁸³. La pubblicazione di lodi ha indubbe utilità, sia sul piano scientifico⁵⁸⁴ che al fine della raccolta di precedenti giurisprudenziali capaci di orientare l'applicazione pratica delle norme di diritto⁵⁸⁵. In tal senso, si

Czech Republic e Lauder v. Czech Republic, in LEW - MISTELIS - KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., 661.

⁵⁸² 2010 *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, 3, 30 ss., disponibile su <<http://www.arbitrationonline.org>>: si consideri, in proposito, che il 65% del campione analizzato non considera la mancanza di confidenzialità della giustizia statale una ragione fondamentale per la scelta della via arbitrale.

⁵⁸³ Analogamente si consideri anche la tendenza recentemente mostrata da alcune istituzioni arbitrali nel senso della pubblicazione delle decisioni in materia di rikusazione: sul punto v. *supra*, Parte II Cap. 4).

⁵⁸⁴ DRAHOZAL, *Of Rabbits and Rhinoceri: A Survey of Empirical Research on International Commercial Arbitration*, in *J. Int. Arb.*, 2003, 23 ss.

⁵⁸⁵ BERGER, *The International Arbitrators' Application of Precedents*, in *J. Int. Arb.*, 1992, 4, 5; proprio al fine di consentire la raccolta e l'analisi dei precedenti, la Camera di commercio internazionale cura una serie di pubblicazioni nella quale sono pubblicati, generalmente in forma anonima, estratti dei lodi.

consideri l'importanza dello studio dei lodi resi in materia di arbitrato di investimenti⁵⁸⁶ o di diritto marittimo⁵⁸⁷, settori in cui il vincolo di confidenzialità non è generalmente avvertito con la stessa intensità presente nel campo dei rapporti commerciali.

In assenza di previsioni rilevanti nell'ambito degli ordinamenti statali, il bilanciamento tra le opposte esigenze di riservatezza e di informazione non può che essere effettuato dai regolamenti di arbitrato amministrato. Nel corso degli ultimi venti anni, le istituzioni hanno inserito nei loro regolamenti norme che tutelano al massimo grado la confidenzialità, anzitutto al fine di promuovere i servizi offerti. Tali clausole, nella maggior parte dei casi⁵⁸⁸, sono formulate in modo generico, così da coprire ogni aspetto del procedimento, dalla fase genetica fino al lodo: tale soluzione non appare corretta, in quanto affronta in modo identico situazioni che risultano per loro natura assai diverse tra loro.

Nel corso del procedimento, la tutela della confidenzialità è un valore essenziale della giustizia arbitrale: prima che l'arbitrato giunga alla propria conclusione, la divulgazione dei contenuti dello stesso potrebbe arrecare danni alle parti ed addirittura influenzare l'indipendenza ed imparzialità del tribunale arbitrale, specie laddove la rilevanza delle questioni dibattute sia in grado di attrarre l'attenzione dell'opinione pubblica. Da questo punto di vista, l'esigenza di riservatezza manifestata da parte degli operatori è senza dubbio giustificata e non può che trovare adeguato accoglimento in seno ai regolamenti arbitrali.

⁵⁸⁶ Si pensi alla pratica di pubblicazione dei lodi propria di istituzioni quali ICSID, NAFTA o il Tribunale Arbitrale USA-Irsan: sul punto v. BORN, *Confidentiality in Investor-State Arbitration*, in *International Commercial Arbitration*, cit., 2273.

⁵⁸⁷ LEW - MISTELIS - KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., 660, n. 196.

⁵⁸⁸ V. *supra* per una ricognizione delle disposizioni contenute nei più importanti regolamenti di arbitrato amministrato in tema di confidenzialità.

D'altro canto la divulgazione dei contenuti del lodo, a seguito della conclusione dell'arbitrato, è in grado di apportare al sistema della giustizia privata notevoli benefici. Oltre alla già menzionata possibilità di raccogliere le pronunce arbitrali a fini di studio e di classificazione giurisprudenziale, occorre considerare che la pubblicazione delle stesse ha l'effetto di incentivare i tribunali arbitrali a redigere motivazioni esaustive e convincenti, nonché gli enti di amministrazione ad effettuare un'adeguata vigilanza sulla qualità tecnica dei lodi. A fronte di tali vantaggi, non si riscontrano i rischi che si verificherebbero in caso di apertura al pubblico delle udienze o di divulgazione dei contenuti degli atti difensivi o delle risultanze istruttorie: l'arbitrato, infatti, in questo caso si è già concluso.

La distinzione sopra illustrata dimostra la necessità di operare una frammentazione dell'obbligo di riservatezza enunciato dai regolamenti di arbitrato amministrato, così da modulare lo stesso in base alla particolare fase processuale presa in considerazione. Così, risultano del tutto giustificate le previsioni regolamentari che affermano il carattere privato delle udienze, così come la soluzione adottata dalla Camera di commercio internazionale che affida agli arbitri il potere di disporre di volta in volta le misure opportune allo scopo di tutelare la riservatezza dell'arbitrato. Viceversa, non sembra giustificata la permanenza nei regolamenti di norme che prevedono un dovere di confidenzialità indeterminato ed indiscriminato, che si estenda fino al divieto di pubblicazione del lodo. In proposito, non si vede quale danno possa arrecare alle parti la pubblicazione di una pronuncia opportunamente depurata dei riferimenti personali alle parti e limitata all'illustrazione delle questioni di diritto rilevanti⁵⁸⁹. Qualora l'istituzione intenda in ogni caso tutelare al

⁵⁸⁹ In base ai dati forniti dal già citato *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, 31, la questione giuridica oggetto della controversia è l'aspetto considerato meno importante nell'ambito dell'obbligo di confidenzialità; in tal senso si esprime anche BORN, *International Commercial Arbitration, cit.*, 2287: "the publication of arbitral awards can, for the most part,

massimo grado la volontà delle parti, sarebbe sufficiente introdurre nel regolamento un divieto di pubblicazione del lodo, nel caso in cui almeno uno dei litiganti formuli un'espressa opposizione nel corso del procedimento.

be reconciled with notions of confidentiality. There is no reason that arbitral awards cannot be published in excerpted form, with the names and identifying characteristics of the parties redacted. This would provide the substance of arbitral decisions, for future guidance, while creating only limited risks with regard to confidentiality expectations". Risultano particolarmente delicati i casi in cui l'oggetto della controversia attiene ad un segreto industriale: per tale motivo appare opportuno il coinvolgimento degli arbitri nella redazione dell'estratto del lodo, al fine di garantire l'omissione di ogni indicazione che possa risultare pregiudizievole per uno dei litiganti.

Capitolo 2

GLI ORGANISMI DELL'ISTITUZIONE ARBITRALE

L'istituzione arbitrale non assume funzioni giurisdizionali⁵⁹⁰; come illustrato, essa è legata alle parti da un contratto distinto dal mandato arbitrale conferito ai soggetti giudicanti. Molti regolamenti sottolineano questa distinzione, affermando come gli organismi dell'ente di amministrazione rimangano completamente estranei all'attività di *jus dicere*⁵⁹¹, anche nel caso di controllo del progetto di lodo⁵⁹². Ciononostante, ai membri di un organismo arbitrale non è sempre del tutto preclusa l'assunzione delle funzioni di arbitro: per quanto la nomina di tali persone da parte dell'istituzione sembrerebbe doversi escludere, in base a basilari considerazioni di opportunità e trasparenza spesso esplicitamente tradotte in divieti regolamentari, in alcuni casi non si preclude la possibilità di nomina diretta da parte dei litiganti⁵⁹³. Altri regolamenti, invece, stabiliscono una completa incompatibilità in capo a tutti i soggetti appartenenti o in altro modo legati ad un organismo dell'ente, o dipendenti dallo stesso⁵⁹⁴: tale soluzione risulta preferibile, in quanto evita

⁵⁹⁰ In senso contrario sembra tuttavia esprimersi CUSA, *La società di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 779.

⁵⁹¹ Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale, art. 1(2); Introduzione al regolamento di arbitrato AAA ICDR; Regolamento di arbitrato LCIA, art. 29; Regolamento di arbitrato SCC, art. 1; Preambolo al regolamento della Camera arbitrale di Milano. In senso analogo si esprimono le linee guida per l'aggiornamento degli statuti delle Camere arbitrali istituite presso le Camere di commercio.

⁵⁹² V. *infra*, Parte II Cap. 8.

⁵⁹³ Si veda, in tal senso, l'art. 2 dell'Appendice II del regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale, il quale esclude che ai membri di un organismo istituzionale possano essere affidate funzioni giurisdizionali dall'*appointing authority*. Tali soggetti tuttavia, con la sola esclusione del Presidente, potranno essere nominati arbitri dai litiganti: in tal caso, l'istituzione vaglierà la nomina *ex post* a fini di conferma.

⁵⁹⁴ Regolamento della Camera arbitrale di Milano, art. 16; Regolamento tipo delle Camere di commercio, art. 15.

commistioni di funzioni amministrative e giurisdizionali in capo alla medesima persona fisica⁵⁹⁵.

Ogni istituzione arbitrale struttura i propri organismi autonomamente, secondo quanto è ritenuto opportuno: così, ad esempio, la Camera di commercio internazionale si appoggia ad un sistema di comitati nazionali⁵⁹⁶, che ovviamente è sconosciuto alle istituzioni che non amministrano procedimenti a carattere transnazionale. Tuttavia, è generalmente possibile riconoscere la presenza di tre organismi ricorrenti, a cui il regolamento affida funzioni diverse: il Presidente, una segreteria ed un organismo consiliare. Al Presidente sono normalmente affidate funzioni di rappresentanza legale e processuale e di gestione degli altri organismi dell'istituzione, in particolare sotto il profilo del coordinamento delle attività consiliari. Oltre a ciò, i regolamenti conferiscono spesso al Presidente una generale funzione di vigilanza sulla corretta applicazione delle norme disciplinanti il

⁵⁹⁵ In senso analogo ZIADÉ, *Reflections on the Role of Institutional Arbitration Between the Present and the Future*, in *Arb. Int.*, 2009, 427, 429: “(t)he avoidance of conflicts of interest is focused primarily on arbitrators, but institutional staff cannot be wholly exempt from such scrutiny. To allow institutional staff to perform their jobs in a manner that is equally above reproach, guidelines will have to be formulated to preclude even the appearance of an unfair advantage-seeking by staff or other interested parties. These guidelines will naturally focus on regulating staff arrivals from, and departures to, jobs or other roles that could raise issues of apparent conflicts of interest”. Sull'importanza della reputazione dell'istituzione al fine della diffusione del fenomeno arbitrale all'interno di un ordinamento giuridico v. SHAUGHNESSY, *Promoting Effective Arbitration through Legal Assistance Programmes*, in *Arb. Int.*, 2006, 315, 330.

⁵⁹⁶ CRAIG - PARK - PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, Dobbs Ferry, 3ª ed., 2000, 17; BOND, *Arbitration of international commercial disputes under the auspices of the ICC*, in UFF - JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration - Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 21, 25.

funzionamento dell'ente⁵⁹⁷; con tutta evidenza, a tali prerogative si associano compiti di indirizzo e promozione generale delle attività istituzionali.

La segreteria è l'organismo che più da vicino ricalca l'esperienza della giustizia statale: le relative funzioni, infatti, sono del tutto analoghe a quelle di una cancelleria e mirano dunque a rendere possibile lo svolgimento materiale del processo privato amministrato.

L'organismo consiliare svolge solitamente le funzioni di *juge d'appui*: così, provvede normalmente alla nomina degli arbitri⁵⁹⁸, decide sulle ipotesi di ricusazione, delibera sulla proroga dei termini ed in generale assume tutti i compiti non giurisdizionali di supporto al procedimento previsti in sede regolamentare. Tali attribuzioni consigliano la creazione di un organismo di dimensioni non pletoriche, i cui membri siano accomunati da un sufficiente grado di preparazione⁵⁹⁹; sarà in seno al consiglio, verosimilmente, che matureranno le riflessioni in ordine all'opportunità di modifiche regolamentari⁶⁰⁰.

Le istituzioni arbitrali concludono talvolta tra loro accordi di collaborazione reciproca, in forza dei quali si forniscono reciproca assistenza e si scambiano informazioni e documenti, al fine di promuovere la cultura arbitrale e migliorare la qualità dei servizi offerti⁶⁰¹; tale tendenza è una chiara

⁵⁹⁷ Cfr. linee guida per l'aggiornamento degli statuti delle Camere arbitrali istituite presso le Camere di commercio.

⁵⁹⁸ Avvalendosi eventualmente delle liste a tal fine predisposte o degli altri meccanismi di nomina previsti dal regolamento: sul punto v. *infra*, Parte II Cap. 1.

⁵⁹⁹ Con riferimento particolare alla Camera di commercio internazionale cfr. le considerazioni di HUNTER, *A View from the ICC Court of Arbitration*, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 69 ss.

⁶⁰⁰ In tal senso si esprimono le citate linee guida per le Camere di commercio, che affidano al Consiglio Arbitrale il compito di “proporre alla Giunta della Camera di Commercio le modifiche del regolamento arbitrale e fissare le regole deontologiche per gli arbitri”.

⁶⁰¹ THIRGOOD, *International Arbitration: The Justice Business*, in *J. Int. Arb.*, 2004, 341, 342; GÉLINAS, *Arbitration and the Challenge of Globalization*, in *J. Int. Arb.*, 2000, 117, 118; COULSON,

dimostrazione della progressiva istituzionalizzazione dell'arbitrato amministrato.

Agreements between arbitration institutions. Potential for control: danger of abuse, in SANDERS (a cura di), *ICCA Congress Series no. 1 – New trends in the development of International Commercial Arbitration and the role of arbitral and other institutions*, L'Aia, 1983, 33 ss.

Capitolo 3

I COSTI DELL'ISTITUZIONE

L'arbitrato amministrato presenta, rispetto al procedimento *ad hoc*, una voce di spesa ulteriore: si tratta degli onorari dovuti all'istituzione per l'attività prestata. Come illustrato, tali onorari costituiscono il corrispettivo delle prestazioni svolte nell'ambito del contratto di amministrazione⁶⁰²; l'ente quantifica le proprie spettanze sulla base del valore della controversia, utilizzando tariffari allegati al regolamento. Sebbene tale attività di liquidazione non sia dissimile da quella attinente agli onorari del tribunale arbitrale, il meccanismo deve essere qualificato, dal punto di vista civilistico, in termini differenti: la camera arbitrale, infatti, è in questa sede una parte del rapporto contrattuale e non può dunque assumere le funzioni del terzo arbitratore *ex art. 1349 c.c.*

La qualificazione civilistica dell'attività di autoliquidazione dei propri onorari da parte dell'istituzione può variare, in base al meccanismo di determinazione del compenso adottato. Qualora le tabelle si limitino ad associare ai vari scaglioni di valore una tariffa minima ed una tariffa massima, l'autoliquidazione degli onorari da parte dell'ente presuppone un certo grado di discrezionalità: in tal caso, analogamente a quanto accade per la liquidazione delle proprie spettanze effettuata direttamente dagli arbitri nel lodo, l'indicazione dell'istituzione ha il valore di una semplice proposta. La previsione regolamentare delle fasce di valore, infatti, consente alle parti di conoscere approssimativamente l'ammontare dei compensi dovuti all'istituzione, ma non di quantificare esattamente gli stessi; conseguentemente, i litiganti che non accettino la proposta potranno convenire

⁶⁰² V. *supra*, Parte I Sez. 1 Cap. 1; sul punto v. anche HARMAN, *Getting the best from ICC Arbitration*, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 147, 155.

in giudizio l'istituzione o resistere ad un'eventuale azione di quest'ultima, allegando l'abuso della menzionata discrezionalità, e chiedere la rideterminazione dell'ammontare degli onorari. Ad esempio, le parti potrebbero sostenere che, in base alle caratteristiche concrete della controversia, le spettanze della camera arbitrale debbano essere limitate al valore minimo previsto dal regolamento per la relativa fascia di valore.

La qualificazione dell'autoliquidazione in termini di proposta, tuttavia, non è necessariamente applicabile all'intera esperienza dell'arbitrato amministrato. Nel caso della Camera di commercio internazionale, infatti, il regolamento contiene una serie di formule matematiche che consentono di identificare *a priori* l'esatto importo dovuto all'istituzione⁶⁰³: in questo caso, al momento della conclusione del contratto di amministrazione, l'importo dovuto è già esattamente determinato *per relationem*⁶⁰⁴. Le parti, dunque, a differenza di quanto sopra esposto, potranno rifiutare il pagamento⁶⁰⁵ sulla base di un inadempimento, ma non sostenere che l'ente abbia abusato del proprio potere regolamentare e chiedere dunque una rideterminazione del compenso entro i limiti dello scaglione di valore applicabile.

La regola qui illustrata conosce tre fondamentali eccezioni: in primo luogo, qualora la controversia abbia valore indeterminabile, la determinazione del compenso è rimessa alla discrezionalità della Camera di commercio internazionale⁶⁰⁶. In tal caso, ovviamente, la quantificazione avrà il valore della proposta, non essendo possibile l'identificazione *per relationem* dell'oggetto della prestazione. In secondo luogo, il regolamento consente all'istituzione di quantificare il proprio compenso in misura maggiore o

⁶⁰³ Appendice III, art. 4.

⁶⁰⁴ CRAIG – PARK – PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Dobbs Ferry, 2000, 386 ss.

⁶⁰⁵ O più concretamente, ripetere quanto già pagato, atteso che l'anticipazione solitamente copre per intero i compensi dovuti all'ente di amministrazione.

⁶⁰⁶ Appendice III, art. 2(5).

minore rispetto a quanto risultante dall'applicazione delle percentuali regolamentari: anche tale fattispecie deve essere ricondotta al modello della mera proposta, suscettibile di manipolazione giudiziale in caso di mancata accettazione. Peraltro, la dottrina sottolinea come la Camera di commercio internazionale abbia utilizzato tale disposizione in casi rarissimi, al fine di conferire forti caratteri di uniformità ed automatismo all'attività di determinazione dei propri compensi⁶⁰⁷. In terzo luogo, è necessario considerare che la somma risultante dall'applicazione del criterio aritmetico fissato in sede regolamentare è sufficiente a coprire sia le spese materiali, sia i compensi per tutte le attività di amministrazione prestate dall'istituzione nel corso del procedimento; tuttavia, nel caso in cui l'arbitrato si concluda prematuramente, ad esempio per l'assenza di un presupposto processuale, è possibile che la cifra risultante dall'applicazione della formula matematica sia incongrua rispetto alla portata delle prestazioni effettivamente poste in essere. In tal caso, l'istituzione può modificare *in bonam partem* la quantificazione, riducendo le proprie spettanze⁶⁰⁸ e rimettendo ai litiganti, se del caso, parte delle anticipazioni prestate⁶⁰⁹: anche in questa ipotesi, l'indicazione avrà il valore della proposta.

L'istituzione arbitrale quantifica i propri onorari ma non provvede, ovviamente, a ripartire gli stessi tra le parti: tale attività sarà compiuta dal tribunale arbitrale con il lodo, in applicazione del criterio della soccombenza. Rispetto all'istituzione, in ogni caso, rimane fermo il vincolo di solidarietà: i litiganti, infatti, costituiscono nell'ambito del contratto di amministrazione un unico polo negoziale, nei confronti del quale la camera arbitrale potrà sempre

⁶⁰⁷ DERAIS – SCHWARTZ, *A guide to the ICC Rules of Arbitration*, L'Aia, 2005, 2^a ed., 364 ss.

⁶⁰⁸ Appendice III, art. 2(8).

⁶⁰⁹ Appendice III, art. 2(9).

agire per ottenere soddisfazione del proprio credito. Esattamente come avviene per gli onorari del tribunale arbitrale, dunque, la soccombenza rileverà solo dal punto di vista interno, legittimando la parte vincitrice che abbia saldato il debito esistente nei confronti dell'ente di amministrazione ad agire in via di regresso nei confronti del soggetto soccombente.

Capitolo 4

LA RESPONSABILITÀ CIVILE E LE CLAUSOLE DI ESONERO

Sommario: 2.1 Considerazioni introduttive - 2.2 L'esperienza statunitense: il principio di immunità - 2.3 L'esperienza inglese: immunità qualificata - 2.4 L'esperienza francese: il fondamento contrattuale della responsabilità - 2.5 Le clausole di esonero nei regolamenti di arbitrato amministrato - 2.6 Giurisdizione nelle azioni di responsabilità avverso le Camere di commercio – 2.7 Conclusioni

2.1 Considerazioni introduttive

Le parti sono legate all'istituzione arbitrale da un rapporto contrattuale⁶¹⁰; conseguentemente, ove l'ente si renda inadempiente rispetto agli obblighi assunti, è possibile in astratto configurare un profilo di responsabilità civile. I casi ipotizzabili sono molteplici: si pensi all'ipotesi del mancato perfezionamento di adempimenti di segreteria, che abbia impedito ad una delle parti il pieno esercizio delle proprie difese, o al caso di conferma della nomina di un arbitro che non abbia sottoscritto la dichiarazione di accettazione, disponibilità, imparzialità ed indipendenza prevista dal regolamento⁶¹¹.

Tale premessa generale è apparentemente dissonante rispetto ad una buona parte dell'esperienza giurisprudenziale: in molti ordinamenti (specie di *common law*) nei quali il problema della responsabilità dell'organo di amministrazione è stato portato all'attenzione dei giudici dello Stato, le domande sono state rigettate in forza di un principio di immunità dell'ente.

⁶¹⁰ V. *supra*, Parte I, Sez. I, Cap. 1.

⁶¹¹ Quest'ultimo caso è portato ad esempio da LEW – MISTELIS – KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, 297.

Ciò, in un caso, trova addirittura riconoscimento in una norma di diritto positivo: la sez. 74 dell'Arbitration Act inglese contiene un'espressa esclusione di responsabilità in favore delle istituzioni arbitrali⁶¹². Tali regole originano tutte dal regime di responsabilità di giudici ed arbitri, sulla base della considerazione che l'attività di amministrazione dell'arbitrato, avendo caratteri para-giurisdizionali, debba essere sottoposta allo stesso regime di responsabilità dei soggetti che svolgano la funzione di *jus dicere* in senso stretto⁶¹³. L'assunto è stato icasticamente sintetizzato nella motivazione di una sentenza statunitense, secondo cui l'istituzione arbitrale (nel caso di specie la American Arbitration Association) "desidera rimanere 'una Svizzera', circondata da entità belligeranti"⁶¹⁴.

Il tema della responsabilità dell'istituzione arbitrale costituisce un punto d'osservazione privilegiato per l'analisi comparativa: lo studio di alcune tra le principali esperienze straniere permette di enucleare alcuni principî di fondo, alla luce dei quali sarà possibile fornire un inquadramento del problema anche per quanto riguarda l'ordinamento italiano.

2.2 L'esperienza statunitense: il principio di immunità

Nell'esperienza statunitense, l'immunità dell'istituzione arbitrale è un principio dotato di forza particolarmente pervasiva; come sopra illustrato, esso

⁶¹² V. *infra*, § 3.

⁶¹³ Il principio di immunità dell'arbitro, oltre a essere generalmente riconosciuto negli ordinamenti statali (v. *infra*), è affermato dalla maggior parte dei regolamenti di arbitrato amministrato: SALOMON, *The Conduct of an International Arbitration: Do the Rules Make a Difference?*, in *J. Int. Arb.*, 2004, 103, 140.

⁶¹⁴ 22 giugno 1992, *York Hannover Holding AG v. American Arbitration Association*, U.S. District Court, Southern District of New York, 794 Federal Supplement (S.D.N.Y. 1992) pp. 118-123, anche in *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1993, 584.

nasce “per gemmazione” dall’altrettanto garantista principio di immunità dell’arbitro⁶¹⁵. L’immunità dell’arbitro deriva dall’analogo regime previsto per il giudice dello Stato, che gli Stati Uniti mutuano dall’ordinamento inglese⁶¹⁶; l’immunità si estende a tutti gli atti compiuti dal soggetto giudicante nell’ambito della propria attività di *jus dicere* e trova un limite solo in relazione agli atti per loro natura estranei alla funzione giurisdizionale⁶¹⁷. Con tutta evidenza, tale regola trova la propria *ratio* nella tutela dell’autonomia decisionale del soggetto giudicante; per tale ragione, essa si applica tanto nel caso in cui tale soggetto sia un organo dello Stato, quanto nel caso in cui si tratti di un soggetto privato⁶¹⁸. Per le stesse ragioni, l’estensione del principio alle istituzioni arbitrali non può che destare perplessità.

Come dimostrato⁶¹⁹, le camere arbitrali non svolgono funzioni giurisdizionali, essendo queste ultime riservate agli arbitri. Le attività che l’ente deve svolgere hanno, talvolta, la natura di un mero adempimento burocratico: si pensi alla comunicazione della data di un’udienza. Tuttavia, anche qualora la violazione del regolamento di arbitrato amministrato coinvolga tali aspetti di natura prettamente pratico-organizzativa, la giurisprudenza statunitense accorda all’istituzione una piena immunità: nel

⁶¹⁵ BRANSON – WALLACE, *Immunity of Arbitrators under United States Law*, in LEW (a cura di), *The immunity of arbitrators*, Londra, 1990, 85 ss.

⁶¹⁶ *Marshalsea*, 77 Eng. Rep. 1027 (K.B. 1612); *Floyd v. Barker*, 77 Eng. Rep. at 1305 (K.B. 1607).

⁶¹⁷ SPONSELLER, *Redefining Arbitral Immunity: A Proposed Qualified Immunity Statute for Arbitrators*, in *Hastings Law Journal*, 1993, 4, 426; KING, *Judicial Immunity and Judicial Misconduct: A Proposal for Limited Liability*, in *Arizona Law Review*, 1978, 20, 576 ss. Sull’estensione del regime di immunità dei giudici dello Stato agli arbitri v. BRANSON – WALLACE, *op. cit.*, 85.

⁶¹⁸ GAILLARD – SAVAGE (a cura di), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Londra, 1999, 592 ss.

⁶¹⁹ V. *supra*, Parte I, Sez. I, Cap. 1.

celebre caso *Chicago Board Options Exchange*⁶²⁰, l'istituzione arbitrale, convenuta in giudizio per l'omissione della comunicazione di un'udienza (oltre alla violazione delle norme del regolamento d'arbitrato in punto di nomina dei componenti del collegio arbitrale), andò esente da responsabilità. Nella motivazione della sentenza che rigetta le istanze risarcitorie, si afferma come gli enti che amministrano o promuovono l'arbitrato siano assistiti da una "quasi judicial immunity"⁶²¹, indipendentemente dalla natura dell'attività asseritamente dannosa. In alcuni casi, la giurisprudenza statunitense giustifica tale indiscriminata immunità con la necessità di tutelare gli arbitri rispetto a possibili attacchi "indiretti"⁶²²; in tal modo, sembra affermarsi tacitamente il principio per cui, in un arbitrato amministrato, il rapporto osmotico di collaborazione tra istituzione ed arbitri rende impossibile configurare una responsabilità civile della prima senza compromettere l'indipendenza di giudizio dei secondi.

2.3 L'esperienza inglese: immunità qualificata⁶²³

La teoria dell'immunità degli arbitri, che l'ordinamento americano applica *de plano* anche alle istituzioni arbitrali, nasce nella giurisprudenza inglese; tuttavia, il regime di responsabilità di tali istituzioni trova oggi una disciplina nella sez. 74 dell'Arbitration Act. Ai sensi di tale norma, le

⁶²⁰ *Austern v. Chicago Board Options Exchange, Inc.*, 898 F.2d 882, 884 (2d Cir. 1990); gli stessi assunti sono altresì alla base di *Hawkins v National Association of Security Dealers*, no 97-10383, 1998 WL 429434 (5th Cir, 1998). In senso parzialmente diverso, alcune sentenze rigettano le domande risarcitorie affermando che la prova non è stata raggiunta e lasciando quindi implicitamente aperto uno spiraglio di responsabilità, almeno per quanto riguarda le ipotesi di dolo: v. *Van Syoc v. Walter*, 613 A 2nd 490 (N.Y. Super 1992).

⁶²¹ Sulla medesima linea si poneva già *Ruberstein v. Otterbourg*, 357 N.Y.S.2d 62 (1973).

⁶²² *Corey v. New York Stock Exchange*, 691 F.2d 1205 (6th Cir. 1982).

⁶²³ L'espressione è di LEW: v. *The immunity of arbitrators*, cit., 4.

istituzioni arbitrali godono di un regime di immunità limitata, derivante da quello previsto per gli arbitri⁶²⁴, con esclusivo riferimento ad alcune delle attività svolte nell'ambito dell'amministrazione del processo arbitrale⁶²⁵. L'immunità riguarda, in particolare, la nomina degli arbitri: l'istituzione non può essere ritenuta responsabile di alcun danno derivante dallo svolgimento di tale funzione, tranne i casi di dolo⁶²⁶. La *ratio* della norma consiste nella tutela di tutti gli enti senza scopo di lucro che forniscano servizi di *appointing authority* al fine di promuovere la diffusione dell'arbitrato⁶²⁷; l'immunità, peraltro, viene meno in relazione alle altre eventuali attività diverse dalla nomina svolte dall'istituzione⁶²⁸ (si pensi alle attività di segreteria o ad ogni altra attività demandata all'istituzione dal regolamento di arbitrato della stessa). Dunque, per quanto riguarda le restanti obbligazioni derivanti dal contratto di amministrazione, l'istituzione è soggetta ad un usuale regime di responsabilità⁶²⁹: in questo senso, la norma sembra fare un'implicita distinzione tra le istituzioni arbitrali che offrono un completo servizio di amministrazione e gli altri enti che si limitino a svolgere funzioni di nomina per arbitrati *ad hoc*.

La norma in commento prosegue escludendo la responsabilità dell'istituzione arbitrale per quanto concerne le attività svolte dagli arbitri nominati dalla stessa. Tale regola rispecchia chiaramente la distinzione tra contratto di arbitrato e contratto di amministrazione e la relativa ripartizione

⁶²⁴ Arbitration Act, Sez. 29.

⁶²⁵ MERKIN – FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, 4^a ed., Londra, 2008, 178 ss.; HARRIS, *The Arbitration Act 1996 – A Commentary*, 4^a ed., Oxford, 2007, 365 ss.; RUTHERFORD – SIMS, *Arbitration Act 1996: A Practical Guide*, Londra, 1996, 224 ss.

⁶²⁶ Arbitration Act, Sez. 29 § 1; sulle possibili interpretazioni della rilevanza del dolo v. HARRIS, *cit.*, 366, con riferimento a *Melton Medes v. Securities and Investments Board* [1995] 3 All ER 880.

⁶²⁷ RUTHERFORD – SIMS, *cit.*, 225.

⁶²⁸ BOISSESON, *The Arbitration Act 1996 and the New ICC Arbitration Rules 1998: A Comparative Approach*, in *Int'l Arb. L. R.*, 1998, 69 ss.

⁶²⁹ RUTHERFORD – SIMS, *cit.*, 226.

funzionale; peraltro, anche in assenza di un'espressa previsione in questo senso, risulterebbe assai arduo configurare una sorta di *culpa in eligendo* dell'ente per danni derivanti dall'inadempimento di un diverso contratto, stipulato dalle parti direttamente con i soggetti giudicanti.

La sez. 74 contiene, infine, una disposizione che estende il regime di immunità sopra descritto ai dipendenti dell'istituzione ed a qualsivoglia altro soggetto che agisca per conto della stessa; tale norma ha ovviamente lo scopo di evitare che l'impossibilità di avanzare pretese risarcitorie nei confronti dell'istituzione si traduca nel tentativo di formulare simili domande avverso le persone fisiche che per tale istituzione abbiano prestato la loro opera.

2.4 L'esperienza francese: il fondamento contrattuale della responsabilità

Coerentemente con la già citata distinzione tra contratto di arbitrato e contratto di amministrazione, gli ordinamenti di *civil law* non fanno generalmente discendere il regime di responsabilità delle istituzioni arbitrali da quello dei soggetti con funzioni giudicanti, stante la diversità delle funzioni svolte⁶³⁰. In particolare, nell'ordinamento francese la posizione dell'istituzione arbitrale quale parte contrattuale è stata espressamente riconosciuta dalla giurisprudenza, la quale ha affermato il principio per cui l'ente che abbia stipulato con le parti un contratto di amministrazione può, in linea di principio, essere chiamato responsabile in caso di inadempimento⁶³¹.

⁶³⁰ Sul fondamento contrattuale della responsabilità delle istituzioni arbitrali nell'esperienza francese v. ROBINE, *The Liability of Arbitrators and Arbitral Institutions in International Arbitrations under French Law*, in *Arb. Int'l*, 1989, 4, 323.

⁶³¹ *Société Cubic Défense System Inc. v. Chambre de Commerce Internationale CCI*, 21 maggio 1997, Tribunal de grande instance de Paris, in *Rev. Arb.*, 1997, 417; 15 settembre 1998, Cour d'appel de Paris, in *Rev. Arb.*, 1999, 103 con nota di LALIVE; 20 febbraio 2001, Cour de cassation, in *Rev. Arb.*, 2001, 511 con nota di CLAY. Le pronunce in questione sottolineano come l'istituzione arbitrale (nel

La giurisprudenza francese afferma abitualmente il principio per cui le parti che sottoscrivano un patto compromissorio per arbitrato amministrato dimostrano un affidamento non solo nei confronti del tribunale arbitrale, ma anche dell'istituzione che amministra il procedimento⁶³². Tuttavia, ciò non può condurre ad una piena equiparazione tra il regime di responsabilità dei decidenti e quello dell'ente di amministrazione: in caso di inadempimento del contratto che lega l'istituzione alle parti, queste ultime possono agire innanzi al competente giudice dello Stato per ottenere il risarcimento dei danni subiti⁶³³.

2.5 Le clausole di esonero nei regolamenti di arbitrato amministrato

Esaminate le principali posizioni espresse in punto di responsabilità delle istituzioni arbitrali negli ordinamenti di *civil* e *common law*, occorre sottolineare come tali regimi incontrino significative modifiche nell'ambito di molti regolamenti di arbitrato amministrato, che, al fine di evitare qualsivoglia profilo di responsabilità in capo all'ente, includono delle clausole di esonero

caso di specie la Corte d'arbitrato presso la Camera di Commercio Internazionale) svolga funzioni amministrative e sia estranea all'attività giurisdizionale espletata dal tribunale arbitrale.

⁶³² 29 giugno 1989, *Société Philipp Brothers v. Société Drexel et al*, Tribunal de Grande Instance di Parigi, in *Rev. Arb.*, 1990, 497; su temi analoghi v. anche la già citata *Raffineries de pétrole d'Homs et de Baniyas c/ Chambre de Commerce Internationale*, Tribunal de Grande Instance di Parigi, 28 marzo 1984 e Corte d'Appello di Parigi, 15 maggio 1985, in *Rev. Arb.*, 1985, 141 e *Mealey's Int'l Arb Rep*, 1986, 502.

⁶³³ Sulla cognizione del giudice dello Stato in ordine all'esistenza e validità del contratto di amministrazione v. 11 luglio 1980, Corte d'Appello di Parigi, *Société Japan Time v. SW Kienszle France et Chambre de Commerce Internationale*, in FOUCHARD, *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique*, in *Rev. Arb.*, 1989, 270. Peraltro la natura non giurisdizionale delle attività compiute dall'ente di amministrazione, oltre a giustificare la diversità di regime rispetto agli arbitri, esclude che il giudice dello Stato possa intervenire allo scopo di annullare i contenuti dei provvedimenti dell'istituzione, a differenza di quanto accade con il lodo arbitrale: v. RUBINO SAMMARTANO, *International Arbitration – Law and Practice*, Boston, 2001, 370 ss., con riferimenti alla giurisprudenza svizzera e tedesca.

dalla portata estremamente ampia⁶³⁴. Tali regole mirano, con tutta evidenza, a preservare al massimo grado l'istituzione arbitrale, evitando che la stessa rimanga coinvolta in controversie con una delle parti di un precedente arbitrato; l'effettiva efficacia di una simile previsione nell'ambito del regolamento di arbitrato varia, ovviamente, in base al diritto applicabile. È opportuno sottolineare come, in questo caso, il diritto applicabile sarà quello dello Stato in cui l'ente ha sede, indipendentemente da quale sia la sede dell'arbitrato prescelta originariamente dalle parti; nel caso della Camera di Commercio Internazionale, quindi, il contratto d'arbitrato sarà retto dal diritto francese e delle relative patologie conoscerà il giudice francese⁶³⁵.

Ad oggi, i regolamenti di arbitrato delle istituzioni aventi sede in Italia non contengono clausole di esonero o limitazione della responsabilità; ad ogni modo, una simile previsione necessiterebbe, nel nostro ordinamento, di approvazione specifica per iscritto *ex art. 1341 comma 2 c.c.* Peraltro, anche in caso di approvazione per iscritto, la limitazione di responsabilità non potrebbe mai operare in caso di dolo o colpa grave, essendo una simile

⁶³⁴ Regolamento di arbitrato ICC, art. 40, con esclusione di eventuali norme di legge inderogabili; Regolamento di arbitrato AAA ICDR, con esclusione del dolo (*conscious and deliberate wrongdoing*); Regolamento di arbitrato LCIA, art. 31, con esclusione del dolo; Regolamento di arbitrato NAI, art. 66, con esclusione delle norme di legge inderogabili; Regolamento di arbitrato SCC, art. 48, con esclusione di dolo e colpa grave; Regolamento di arbitrato SIAC, art. 34; Regolamento di arbitrato WIPO, art. 77, con esclusione del dolo. Nel caso della Camera di commercio internazionale, la regola, introdotta nella versione del 1998 del regolamento, trova un precursore nell'art. 6(8) del regolamento del *Référé Pre-Arbitral*; peraltro, la mancata introduzione di un'eccezione relativa al dolo è stata oggetto di numerose critiche, come risultante da *Final Report on the Status of Arbitrators, Appendix IV: The Status of the Arbitrator as Defined by Codified Practice*, in *ICC Bull.*, 1996, 7, 27, 55. Ciononostante, il regolamento del 2012 mantiene una clausola di analogo tenore, con la citata, pleonastica eccezione della contraria disposizione di legge inderogabile.

⁶³⁵ V. la già citata *Société Cubic Défense System Inc. v. Chambre de Commerce Internationale CCI*; in tal senso si esprime PIETRANGELI, *Commento all'art. 34*, in BRIGUGLIO – SALVANESCHI (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale – Commentario*, Milano, 2005, 569.

pattuizione vietata dall'art. 1229 comma 1 c.c.⁶³⁶ Non sembra, invece, applicabile al contratto di amministrazione la normativa dettata dal d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206 in punto di nullità delle clausole vessatorie nei contratti stipulati dal consumatore⁶³⁷. La clausola che escluda o limiti la responsabilità dell'istituzione arbitrale in caso di inadempimento del contratto di amministrazione presenta senza dubbio i caratteri della vessatorietà⁶³⁸ e sarebbe nulla⁶³⁹, sebbene oggetto di trattativa⁶⁴⁰, qualora il contratto in questione ricadesse nell'ambito del rapporto di consumo. Tuttavia, occorre considerare come i litiganti siano, nell'ambito del contratto di amministrazione, un'unica parte complessa: conseguentemente, a tale parte non sembra potersi applicare la definizione di consumatore di cui all'art. 3 del Codice del consumo. Infatti, anche quando la controversia opponga un consumatore ad un professionista, tali soggetti costituiscono un'unica parte contrattuale nei confronti dell'ente che amministra il processo privato: non si vede come essi possano essere ricondotti alla nozione di "persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta".

A conferma dell'incompatibilità tra disciplina dei contratti del consumatore ed arbitrato amministrato, si consideri che, ai sensi dell'art. 832 comma 3 c.p.c., se le parti non hanno diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento arbitrale ha inizio.

⁶³⁶ CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, 688.

⁶³⁷ *Contra* CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, *cit.*, 688 che fa riferimento all'art. 1469 *quinquies* comma 2 c.c. (regola oggi inclusa nel Codice del consumo).

⁶³⁸ Art. 33 comma 2 lett. b d. lgs. 206/2005.

⁶³⁹ Art. 36 comma 2 lett. b d. lgs. 206/2005.

⁶⁴⁰ Ciò che nel caso di specie non appare possibile, alla luce delle particolari modalità di conclusione del contratto di amministrazione dell'arbitrato.

Ai sensi degli artt. 33 e 36 del Codice del consumo⁶⁴¹, è vessatoria e nulla la clausola che preveda l'adesione del consumatore come estesa a clausole che questi non abbia avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto. Ora, qualora il regolamento arbitrale vigente al momento della sottoscrizione del patto compromissorio differisca da quello vigente al momento dell'inizio del procedimento arbitrale e modifichi la portata delle obbligazioni gravanti sull'istituzione (inerenti dunque al contratto di amministrazione), l'applicazione del nuovo regolamento⁶⁴² contrasterebbe con le disposizioni dettate in materia di tutela del consumatore. Infatti, come illustrato in tema di rapporti tra regolamento e volontà delle parti, l'ultimo momento nel quale le parti possono prendere conoscenza dei contenuti del regolamento arbitrale e conseguentemente esprimere il proprio consenso in maniera pienamente informata è la sottoscrizione del patto compromissorio: per quanto la conclusione del contratto di arbitrato sia successiva alla stipula dell'accordo compromissorio, è in tale sede che le parti scelgono l'istituzione arbitrale. Conseguentemente, a seguito di tale espressione di volontà, qualsiasi modificazione delle clausole contrattuali comporterebbe una nullità *ex* artt. 33 e 36 d. lgs. 206/2005. Da ciò discende che, qualora si ritenga applicabile il codice del consumo, la via dell'arbitrato amministrato risulterebbe di fatto impraticabile: la disposizione di cui all'art. 832 c.p.c. cagionerebbe la nullità del contratto di amministrazione. Al fine di garantire la liceità della pattuizione negoziale, le parti dovrebbero prevedere nel patto compromissorio l'applicazione del regolamento vigente al momento della conclusione del patto stesso; in tal caso, tuttavia, l'istituzione potrebbe legittimamente rifiutare di amministrare il procedimento. Tali considerazioni

⁶⁴¹ Artt. 33 comma 2 lett. l e 36 comma 2 lett. c d. lgs. 206/2005.

⁶⁴² Sovente prevista in modo espresso dalle istituzioni arbitrali, con l'introduzione nel loro regolamento d'arbitrato di una norma che ricalca il disposto dell'art. 832 comma 3 c.p.c.: v. ad esempio l'art. 39 comma 2 del regolamento della Camera arbitrale di Milano.

mantengono la propria validità anche nel caso in cui, secondo l'opinione che appare preferibile⁶⁴³, si ritenga che le parti, in caso di arbitrato amministrato e non semplicemente regolamentato, debbano entrambe acconsentire all'applicazione della nuova versione del regolamento. Ciò, infatti, non implica che la modifica dello stesso sia completamente nulla e priva di effetti: premesso che ciascuno dei litiganti ha la possibilità di opporsi all'applicazione delle nuove regole, la semplice assenza di eccezioni sul punto⁶⁴⁴ è sufficiente a produrre l'effetto della valida conclusione del contratto di amministrazione. Tale meccanismo è *ictu oculi* divergente rispetto alla soluzione prevista dalla normativa a tutela del consumatore, la quale impone l'applicazione *tout court* dello schema negoziale noto al momento dell'accettazione, in un'ottica di tutela automatica del contraente debole.

Oltre a ciò, un ulteriore argomento avverso l'applicabilità del Codice del consumo all'arbitrato amministrato si rinviene all'art. 37 del d. lgs. 206/2005: ai sensi di tale norma, le Camere di commercio possono convenire in giudizio il professionista che utilizzi condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle stesse, qualora ne sia accertata l'abusività. È evidente come tale norma presupponga l'alterità delle Camere di commercio rispetto ai professionisti ai quali la normativa si rivolge; non si vede, dunque, come la stessa possa applicarsi, ove le Camere di commercio intervengano in qualità di parti contrattuali.

Una diversa soluzione è stata adottata dalla giurisprudenza francese, che ha pronunciato l'illiceità della clausola di esonero contenuta nel regolamento della Camera di commercio internazionale per violazione dell'art. 132 comma 1 del Codice di consumo⁶⁴⁵. Peraltro, tale divergenza non sembra avere

⁶⁴³ V. *infra*, Parte I Sez. 2 Cap. 1.

⁶⁴⁴ O, *a fortiori*, l'accettazione del nuovo regolamento in sede di atto di missione.

⁶⁴⁵ 22 gennaio 2009, Cour d'appel di Parigi, *SNF S.A.S. c/ Chambre de Commerce Internationale*, nota di KIFFER, *Comments on the Paris Court of Appeal Decision in SNF v. International Chamber of*

particolare rilievo pratico: considerate le modalità di conclusione del contratto di amministrazione, la necessità di approvazione specifica *ex art. 1341 comma 2 c.c.* è sufficiente ad inibire l'operatività delle norme regolamentari che limitano la responsabilità dell'ente.

In conclusione, le uniche norme regolanti le clausole di esonero contenute nei regolamenti di arbitrato amministrato sono gli artt. 1229 c.c. e 1341 comma 2 c.c. In forza di tali disposizioni, le clausole in questione potrebbero produrre l'effetto di escludere la responsabilità dell'ente che amministra il procedimento, salvo i casi di dolo e colpa grave: il regime sarebbe, dunque, analogo a quello previsto per gli arbitri dall'art. 813 *ter* c.p.c. Tuttavia, la circostanza che una simile pattuizione debba essere oggetto di specifica approvazione per iscritto rende di fatto inconciliabile la stessa con le modalità di conclusione del contratto di amministrazione⁶⁴⁶: di conseguenza, l'introduzione di una simile previsione nei regolamenti di arbitrato amministrato sarà da considerarsi generalmente priva di effetti nell'ordinamento italiano.

2.6 Giurisdizione nelle azioni di responsabilità avverso le Camere di commercio

Commerce, in *J. Int. Arb.*, 2009, 579, in riforma di Tribunal de grande instance di Parigi, 10 ottobre 2007, in *Rev. Arb.*, 2007, 847, con nota di JARROSSON. Come illustrato, a seguito di tale pronuncia il regolamento della Camera di commercio internazionale continua a contenere una clausola generale di esonero, con l'eccezione delle norme di legge inderogabili; tale previsione non sembra poter avere alcun effetto con riferimento all'istituzione arbitrale, in quanto al contratto di amministrazione si applicherà in ogni caso il diritto francese (e dunque l'art. 132 del Codice di consumo), indipendentemente dalla sede dell'arbitrato.

⁶⁴⁶ V. *supra*, Parte I Sez. I Cap. 1.

Come già sottolineato in tema di imparzialità dell'istituzione arbitrale⁶⁴⁷, le Camere di commercio sono organismi di diritto pubblico; pertanto, occorre domandarsi se l'attività di organizzazione del processo arbitrale svolta dalle stesse costituisca attività amministrativa e sia soggetta alla giurisdizione del giudice amministrativo. La risposta è sicuramente negativa: nell'ambito dell'arbitrato amministrato, le Camere di commercio svolgono un'attività non dissimile da quella svolta da qualsiasi altra istituzione arbitrale di natura privatistica. I compiti di supporto all'arbitrato che i regolamenti arbitrali conferiscono alle Camere non alterano in alcun modo il carattere meramente privato dell'arbitrato e dei contratti su cui esso si basa: delle patologie relative al contratto di amministrazione conoscerà, dunque, il giudice ordinario⁶⁴⁸. Inoltre, stante la natura paritaria e non amministrativa degli atti posti in essere dalle Camere di commercio in questa sede, le parti non potranno utilizzare lo strumento amministrativo dell'accesso agli atti, al fine di ottenere la documentazione contenuta nel fascicolo d'ufficio⁶⁴⁹.

2.7 Conclusioni

Il tema della responsabilità dell'istituzione arbitrale rispecchia la necessità di operare un adeguato bilanciamento tra promozione dell'arbitrato e tutela delle parti: in questo senso, non può essere sottovalutato l'argomento della dottrina inglese in favore di una limitazione della responsabilità, basato sulla considerazione che spesso gli enti di amministrazione sono privi di

⁶⁴⁷ Parte II Cap. 1 § 1.4.

⁶⁴⁸ *Contra*, tuttavia, CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, cit., 681, secondo cui sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo in forza dell'art. 33 d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 (successivamente abrogato dal d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

⁶⁴⁹ Tali conclusioni sono confermate dalla giurisprudenza amministrativa: T.A.R. Lombardia Brescia Sez. II, 21 aprile 2010, n. 1595; TAR Lazio Roma Sez. II ter, 26 novembre 2004 n. 14137.

scopo di lucro e non sono dotati di risorse sufficienti a far fronte ad una vasta pluralità di richieste risarcitorie⁶⁵⁰. Tuttavia, l'estensione alle istituzioni arbitrali del regime di responsabilità previsto per gli arbitri non sembra essere una soluzione soddisfacente: le funzioni svolte nell'ambito del contratto di amministrazione hanno caratteri ben diversi da quelle dei soggetti giudicanti e non possono essere assimilate all'esercizio di un'attività giurisdizionale. Di conseguenza, attesa anche la scarsa efficacia nell'ordinamento italiano delle clausole di esonero eventualmente inserite nei regolamenti, il regime di responsabilità non potrà che essere correttamente delineato in via giurisprudenziale, avendo costante riguardo alla distinzione tra contratto di arbitrato e contratto di amministrazione. Gli inadempimenti e le negligenze degli arbitri, dunque, non potranno essere alla base di un'azione di responsabilità nei confronti dell'istituzione: questa potrà essere chiamata a rispondere esclusivamente dei danni cagionati da attività di amministrazione del procedimento (si pensi all'omissione di adempimenti di cancelleria), ma non di quelli cagionati dai soggetti giudicanti, anche se nominati dall'ente stesso. In questo senso, immaginare una *culpa in eligendo* dell'istituzione si tradurrebbe in un'inaccettabile commistione di obbligazioni nascenti da due distinti contratti; i profili di responsabilità (ed i relativi centri di imputazione) devono al contrario rimanere distinti.

⁶⁵⁰ RUTHERFORD – SIMS, *Arbitration Act 1996: A Practical Guide*, cit., 225.

CONCLUSIONI

L'architettura negoziale dell'arbitrato amministrato è composta da tre diversi contratti: il contratto di amministrazione, che lega la camera arbitrale ai litiganti, il contratto di arbitrato, stipulato dalle parti con i soggetti giudicanti, ed il contratto di cooperazione arbitrale, concluso tra l'istituzione che amministra il procedimento e gli arbitri.

Il primo è un negozio atipico, al quale possono applicarsi analogicamente le disposizioni previste in tema di mandato, di prestazione d'opera intellettuale e di appalto di servizi. La camera arbitrale, infatti, compie in alcuni casi attività che prevedono la spendita del nome dei litiganti (si pensi alla nomina degli arbitri o alla concessione di una proroga per il deposito del lodo); in altre ipotesi, l'istituzione compie attività che non richiedono la *contemplatio domini*, quali l'analisi del progetto di lodo o il perfezionamento degli adempimenti di cancelleria. La portata delle obbligazioni derivanti dal negozio in questione è determinata non al momento della scelta di un determinato regolamento di arbitrato, ma *a priori* dalle disposizioni del regolamento stesso. Da questo punto di vista, dunque, il regolamento di arbitrato costituisce uno schema negoziale fisso, al quale le parti si limitano ad aderire. La pubblicazione del regolamento è pertanto qualificabile come offerta al pubblico da parte dell'istituzione; il contratto si conclude con la presentazione della domanda di arbitrato, atto con il quale la volontà negoziale dei compromittenti è portata a conoscenza della camera arbitrale. Qualora la clausola compromissoria modifichi i contenuti del regolamento, tuttavia, la domanda di arbitrato non potrà essere qualificata come una valida accettazione, ma costituirà piuttosto una contro-offerta, a che l'istituzione sarà libera di accettare o rifiutare.

Qualora il regolamento di arbitrato subisca modificazioni dopo la stipula del patto compromissorio ma prima della presentazione della domanda

di arbitrato, il meccanismo di perfezionamento del contratto di amministrazione segue uno schema diverso da quello sopra illustrato: l'accettazione dei litiganti (che costituiscono in questa sede un'unica parte negoziale) perviene all'istituzione quando la proposta originaria è già stata revocata *ex art. 1328 comma 1 c.c.* In tale ipotesi, nonostante il disposto dell'*art. 832 comma 3 c.p.c.*, il quale prevede l'applicazione della nuova versione del regolamento, non pare che il contratto di amministrazione possa validamente perfezionarsi senza una nuova espressione di volontà dei paciscenti, i quali dovranno accettare *ex novo* il modificato regolamento. In assenza di una simile rinnovazione, si prospettano due possibili soluzioni: la trasformazione dell'arbitrato amministrato in arbitrato *ad hoc* oppure, qualora l'ente di amministrazione vi acconsenta, la celebrazione di un arbitrato amministrato retto dalla precedente versione del regolamento.

Il mandato arbitrale non è ovviamente, un negozio tipico del solo arbitrato amministrato; la presenza di una camera arbitrale, tuttavia, può non essere priva di riflessi sulla portata delle obbligazioni inerenti a tale contratto. Gli arbitri, infatti, sono generalmente esonerati dalla gestione delle attività di cancelleria, che sarebbero svolte dai soggetti giudicanti (eventualmente coadiuvati da segretari) nell'arbitrato *ad hoc*. Dal lato opposto, la presenza di un ente di amministrazione può arricchire il mandato arbitrale di doveri ulteriori: ad esempio, nel caso in cui il regolamento arbitrale contenga disposizioni in tema di gestione della causa, all'arbitro è demandato lo svolgimento di attività che, in assenza di riferimenti ad un regolamento arbitrale, non gli sarebbero imposte. Anche per quanto riguarda la conclusione del mandato arbitrale, la presenza di una camera arbitrale può essere rilevante: alcuni regolamenti, infatti, riservano all'istituzione il potere di confermare la nomina dei soggetti giudicanti, previa verifica del rispetto delle disposizioni dettate in materia di imparzialità e *disclosure*.

Oltre ai due negozi sopra ricordati, esiste un contratto di cooperazione arbitrale che lega l'istituzione agli arbitri: i regolamenti di arbitrato, infatti, prevedono non una mera concorrenza di prestazioni, ma un'attiva collaborazione tra soggetti giudicanti ed ente in un sistema di obbligazioni corrispettive finalizzato al buon andamento della giustizia privata. Secondo la soluzione che si ritiene preferibile, tale contratto a prestazioni corrispettive non può essere ricondotto ad alcuno schema tipico, pur avendo elementi che lo avvicinano al mandato ed all'appalto di servizi. Esso si perfezionerà al momento dell'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro, contestualmente alla conclusione del mandato arbitrale; qualora l'istituzione rimanga inadempiente rispetto ai doveri nascenti dal contratto di cooperazione, potrà ingenerarsi una responsabilità di natura contrattuale nei confronti degli arbitri.

La camera arbitrale interviene nel procedimento in una pluralità di ipotesi: anzitutto, essa svolge un ruolo fondamentale in sede di nomina degli arbitri. L'istituzione può nominare gli arbitri in varie circostanze: in alcuni casi saranno le parti ad affidare esplicitamente tale compito all'ente, mentre in altre ipotesi è il regolamento ad attribuire alla camera arbitrale, in assenza di una diversa pattuizione, la funzione di nomina degli arbitri. Oltre a ciò, può darsi che l'ente di amministrazione sia chiamato a nominare un membro del collegio in caso di inerzia di uno dei litiganti, il quale abbia omesso di nominare tempestivamente il proprio arbitro: in tal caso, l'attività dell'istituzione è del tutto analoga a quella che, nell'arbitrato *ad hoc*, l'art. 810 c.p.c. affida al Presidente del Tribunale in funzione di *juge d'appui*. In ciascuna delle ipotesi elencate, l'ente deve mantenere una posizione di equidistanza rispetto agli interessi in conflitto, come oggi espressamente sancito dall'art. 832 comma 4 c.p.c.

È altresì possibile che il regolamento di arbitrato stabilisca determinati requisiti di cui il soggetto che sia nominato arbitro deve essere in possesso: in

tal caso, le prescrizioni regolamentari sono suscettibili di indirizzare, in una certa misura, la nomina degli arbitri, anche ove questa sia riservata alle parti.

La camera arbitrale svolge anche altre fondamentali funzioni di supporto all'arbitrato: molti regolamenti prevedono un procedimento di ricusazione amministrata, conformemente a quanto previsto dall'art. 832 comma 5 c.p.c. Tali procedimenti si sostituiscono alla ricusazione giudiziale: atteso che il controllo a cognizione piena sull'effettivo rispetto del principio del contraddittorio sarà in ogni caso possibile solo *a posteriori*, in sede di impugnazione per nullità, appare preferibile evitare la concorrenza tra procedimenti sommari di natura non contenziosa. I regolamenti di arbitrato prevedono talora anche la possibilità di una ricusazione incidentale: si tratta, con tutta evidenza, di un importante strumento di salvaguardia dell'imparzialità del collegio arbitrale nella sua interezza, nonché un efficace deterrente avverso istanze di ricusazione formulate in un'ottica esclusivamente strategica, che poco hanno a che vedere con l'effettiva imparzialità dell'organo giudicante.

L'esperienza internazionale fornisce un ulteriore spunto di riflessione sulla differenza tra arbitrato *ad hoc* ed arbitrato amministrato: in molti regolamenti è prevista la possibilità di nomina di un arbitro di urgenza, il quale potrà concedere misure cautelari nelle more della costituzione del collegio arbitrale. Significativamente, mentre nell'esperienza italiana la tutela cautelare è tuttora preclusa agli arbitri *ex art.* 818 c.p.c., in ambito internazionale l'arbitrato amministrato consente la possibilità di una cognizione d'urgenza svincolata dall'ingerenza del giudice dello Stato, già anteriormente alla costituzione dell'organo decidente privato.

Le funzioni di supporto all'arbitrato svolte dall'ente di amministrazione comprendono, inoltre, attività quali il controllo del progetto di lodo e la liquidazione degli onorari. L'analisi della validità formale della pronuncia finale è un adempimento che la camera arbitrale compie non solo

nell'interesse delle parti, ma anche degli arbitri; tale strumento risulterà particolarmente utile ogniqualvolta i soggetti decidenti siano privi di una specifica preparazione giuridica. Una simile attività, in ogni caso, non modifica il riparto di attribuzioni tra ente di amministrazione ed arbitri: solo questi ultimi rimangono investiti della funzione di *jus dicere*, mentre alla camera arbitrale sono riservati compiti di natura meramente tecnica ed amministrativa. Quanto alla liquidazione degli onorari, la camera arbitrale svolge funzioni di arbitratore *ex art. 1349 c.c.* e determina l'oggetto della prestazione dedotta nel contratto di mandato arbitrale.

L'istituzione, pur mantenendo una posizione di alterità e terzietà sia rispetto ai litiganti, sia nei confronti degli arbitri, è un soggetto di diritto che svolge le proprie attività sulla base di una serie di rapporti di diritto privato. Conseguentemente, qualora l'ammontare dei diritti spettanti alla camera arbitrale non sia determinato o esattamente determinabile al momento della conclusione del contratto di amministrazione, l'autoliquidazione di tali somme avrà il carattere della semplice proposta, secondo uno schema non dissimile da quello previsto per la liquidazione degli onorari degli arbitri contenuta nel lodo, nell'arbitrato *ad hoc*.

Con frequenza crescente, le istituzioni arbitrali estere inseriscono nei regolamenti delle clausole di esonero, con le quali si esclude ogni forma di responsabilità per danni cagionati alle parti nello svolgimento dell'attività di amministrazione. Tali pattuizioni, che *ex art. 1229 comma 1 c.c.* potrebbero operare nell'ordinamento italiano solo al di fuori delle ipotesi di dolo o colpa grave, richiedono in forza dell'*art. 1341 comma 2 c.c.* un'approvazione espressa per iscritto, ciò che non sembra potersi conciliare con le descritte modalità di perfezionamento del contratto di amministrazione. La camera arbitrale, pertanto, risponderà dei danni eventualmente causati agli utenti dei

servizi di amministrazione secondo i principi generali della responsabilità contrattuale.

BIBLIOGRAFIA

ABASCAL, *The Art of Interim Measures*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 13 - International Arbitration 2006: Back to Basics?*, L'Aia, 2007, 751

ABDEL-WAHAB, *The Extention of Arbitration Agreement sto Third Parties: A Never Ending Legal Quest through the Spatial-Temporal Continuum*, in FERRARI – KRÖLL (a cura di), *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Monaco, 2010, 147

ADEN, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Monaco, 1988

AL HEJAILAN, *The Pre-arbitral Phase : Matters Affecting the Arbitral Award*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 6 – International Arbitration in a Changing World*, Boston, 1993, 51

ALDRICH, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, 1996

ANDREEVA, *How Challenging is the Challenge, or Can U.S. Courts Remove Arbitrators Before an Arbitration Has Come to an End ?*, in *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2008, 1, 127

ANDREEVA, *Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State: A Case Against Conventions*, in *Arb. Int'l*, 2011, 27, 129

ARFAZADEH, *Settlement of International Trade Disputes in South East Asia: The Experience of the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration*, in *Malaysia Law Journal*, 1992, 122

ARNALDEZ - SCHAFER, *Le Règlement de référé pre-arbitral de la Chambre de commerce international (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1990, in Rev. Arb., 1990, 835*

ARNALDEZ, *L'acte déterminant la mission de l'arbitre, in Etudes offertes à Pierre Bellet, Parigi, 1991, 1*

ARNALDEZ, *Réflexions sur l'autonomie et le caractère International du Règlement d'arbitrage de la CCI, in Journal du Droit International, 1993, 857*

AZZALI, *Arbitrato amministrato, in BUONFRATE – GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR, Torino, 2006, 51*

AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc, in ALPA (a cura di), L'arbitrato: profili sostanziali, Torino, 1999*

BAGNER, *Confidentiality – A Fundamental Principle of International Commercial Arbitration?, in J. Int. Arb., 2001, 243*

BALL, *Probity Deconstructed: How Helpful, Really, are the New International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration?, in Arb. Int., 2005, 323*

BALL, *The Essential Judge: the Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration, in Arb. Int., 2006, 73*

BATTISTINI, *Il sistema di riscossione degli onorari arbitrali nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i lavori pubblici, in Riv. Arb., 2003, 895*

BEALE – BENCH NIEUWVELD – NIEUWVELD, *Summary Arbitration Proceedings: A Comparison Between the English and Dutch Regimes*, in *Arb. Int.*, 2010, 139

BEECHEY, *Institutional Developments at the ICC International Court of Arbitration*, in *ICSID Rev.*, 2009, 10

BEERBOWER, *International Arbitration: Can We Realise the Potential?*, in *Arb. Int.*, 2011, 75

BERGER, *Integration of Mediation Elements into Arbitration – ‘Hybrid’ Procedures and ‘Intuitive’ Mediation by International Arbitrators*, in *Arb. Int.*, 2003, 387

BERGER, *The International Arbitrators’ Application of Precedents*, in *J. Int. Arb.*, 1992, 4

BERNARDINI, *Il diritto dell’arbitrato*, Bari, 1998

BERNINI A.M., *L’arbitrato amministrato: il modello della Camera di commercio internazionale*, Padova, 1996

BERNINI E., *L’arbitrato amministrato*, in CECHELLA (a cura di), *L’arbitrato*, Torino, 2005

BESSON, *Arbitrage International et mesures provisoires – Etude de droit comparé*, Zurigo, 1998

BISHOP – REED, *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, in *Arb Int’l*, 1998, 395

BLESSING, *Die LCIA Rules: Aus der Sicht des Praktikers*, in *Schieds VZ*, 2003, 198

BÖCKSTIEGEL, *Practice of Various Arbitral Tribunals*, intervento nella discussione *Conduct by a Party to Disrupt Establishing the Tribunal and Starting the Arbitral Proceedings*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 5 – I. Preventing delay and disruption of arbitration – II. Effective proceedings in construction cases*, Boston, 1990, 132

BÖCKSTIEGEL, *The New Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce*, in *International Economic Order: Essays in Honor of F.A. Mann*, Monaco, 1977, 575

BOISSESON, *The Arbitration Act 1996 and the New ICC Arbitration Rules 1998: A Comparative Approach*, in *Int'l Arb. L. R.*, 1998, 69

BOLARD, *Le principe de la contradiction dans l'instance arbitrale*, in *Rev. Arb.*, 1998, 684

BOND, *A Geography of International Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2005, 99

BOND, *Arbitration of international commercial disputes under the auspices of the ICC*, in UFF - JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 21

BOND, *Post-conference review of ICC arbitration*, in in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 78

BOND, *The Experience of the ICC Court of Arbitration in the Selection and Confirmation/Appointment of Arbitrators*, in *The Arbitral Process and The Independence of Arbitrators*, Pubblicazione ICC n. 472, 1991, 12

BOND, *The ICC Arbitrator's Statement of Independence: A Response to Prof. Alain Hirsch*, in *ASA Bulletin*, 1990, 226

BORGHESI, *Il regolamento di procedura della Camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Corr. giur.*, 2001, 951

BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2009, 2^a ed.

BOVE - CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006;

BOVE, *Commento all'art. 808 ter c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1190

BOWMAN RUTLEDGE, *On the Importance of Institutions: Review of Arbitral Awards for Legal Errors*, in *J. Int. Arb.*, 2002, 81

BREKOULAKIS, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford, 2010

BRIGUGLIO – FAZZALARI – MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994

BRIGUGLIO – SALVANESCHI (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale – Commentario*, Milano, 2005

BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 2005, 679

BRINER, *The Implementation of the 1998 ICC Rules of Arbitration*, in *ICC Bull.*, dicembre 1997, 8

BROWER – BRUESCHKE, *The Iran-United States Claims Tribunal*, L'Aia, 1998, 22

BROWER, *W(h)iter International Commercial Arbitration?*, in *Arb. Int.*, 2008, 181

BROWN, *Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration*, in *American University Law Review*, 2001, 969

BÜHLER – WEBSTER, *Handbook of ICC Arbitration - Commentary, Precedents, Materials*, Londra, 2005

BUONFRATE – LEOGRANDE, *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio*, Milano, 1998

BURGSTALLER – ROSENBERG, *Challenging International Arbitral Awards: to ICSID or not to ICSID?*, in *Arb. Int.*, 2011, 91

BUYS, *The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration*, in *Am. Rev. Int. Arb.*, 2003, 121

CALVO, *The Challenge of ICC Arbitrators*, in *J Int'l Arb*, 1998, 15(4), 63

CAPONI, *Commento all'art. 832 c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1424

CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000

CARDUCCI, *The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration Law*, in *Arb. Int.*, 2012, 125

CARON, *Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal*, in *ICSID Rev. – Foreign Inv. L. J.*, 1992, 7, 21

CARRATTA, *Commento all'art. 832 c.p.c.*, in CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007

CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005

CEEDER, *Towards a Possible Solution: Limitation, Interest and Assignment in London and Paris*, in VAN DEN BERG (a cura di), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable to Arbitration*, ICCA Congress Series n. 7, L'Aia, 1996, 268

CHAN, *Of Arbitral Institutions and Provisional Determinations on Jurisdiction – The Global Cold Case*, in *Arb. Int.*, 2009, 403

CLAY, *L'arbitre*, Parigi, 2001

CLAY, *Nota a Société Cubic Defense Systems Inc. c/ Chambre de Commerce Internationale*, in *Rev. Arb.*, 2001, 513

COBOS, *Rules for the conduct and training of arbitrators (Possible scope for action and co-operation between arbitration institutes)*, in SANDERS (a cura di), *ICCA Congress Series no. 1 – New trends in the development of International Commercial Arbitration and the role of arbitral and other institutions*, L'Aia, 1983, 77

COLLINS, *Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings*, in *Arb. Int.*, 1995, 321

CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in *Riv. Arb.*, 2005, 729

CONSOLO, *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, 18

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 3^a ed., Bologna, 1998

COOK - GARCIA, *International Intellectual Property Arbitration*, L'Aia, 2010, 46 ss, 229

CORSINI, *L'arbitrato amministrato secondo regolamenti precostituiti*, in *Riv. Arb.*, 2007

COUCHEZ, *Référé et arbitrage. Essai de bilan... provisoire*, in *Rev. Arb.*, 1986, 155

COULSON, *Agreements between arbitration institutions. Potential for control: danger of abuse*, in SANDERS (a cura di), *ICCA Congress Series no. 1 – New trends in the development of International Commercial Arbitration and the role of arbitral and other institutions*, L'Aia, 1983, 33

CRAIG – PARK – PAULSSON, *Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules*, New York, 1998

CRAIG – PARK – PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Dobbs Ferry, 2000

CROOKENDEN, *Who Should Decide Arbitration Confidentiality Issues?*, in *Arb. Int.*, 2009, 603

CROWTER - TOBIN, *Ensuring that Arbitration Remains a Preferred Option for International Dispute Resolution - Some Practical Considerations*, in *J. Int. Arb.*, 2002, 301

CUSA, *La società di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007

DAVIS, *Fast-Track Arbitration and Fast-Tracking Your Arbitration*, in *Int. Arb.*, 1992, 9(4), 14

DE VIETRI - DHARMANANDA, *Impartiality and the Issue of Repeat Arbitrators - A Reply to Slaoui*, in *J. Int. Arb.*, 2011, 187

DELALANDE, interventi ai lavori del Comitato francese per l'arbitrato, Parigi, 19 giugno 1990, *Les institutions d'arbitrage en France*, in *Rev. Arb.*, 1990

DENOIX DE SAINT MARC, *Confidentiality of Arbitration and the Obligation to Disclose Information on Listed Companies or During Due Diligence Investigations*, in *J. Int. Arb.*, 2003, 211

DERAINS - JARVIN, *Chronique des sentences arbitrales*, in *Journal du Droit International*, 1984, 942

DERAINS - SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, L'Aia, 2005, 2^a ed.

DERAINS, *Amendments to the Claims and New Claims: Where to Draw the Line?*, in *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium - Reports of the International Colloquium of CEPANI - October 15, 2004*, Bruxelles, 2005, 68

DERAINS, *Technical expertise and référé arbitral*, in *Rev. Arb.*, 1982, 239

DERAINS, *The View Against Arbitral Ex Parte Interim Relief*, in *Dispute Res. J.*, 2003, 58

DESSEMONTET, *Arbitration and Confidentiality*, in *Am. Rev. Int. Arb.*, 1996, 229

DI PIETRO, *Incorporation of Arbitration Clauses by Reference*, in *J. Int. Arb.*, 2004, 439

DIMOLITSA, *Institutional rules and national regimes relating to the obligation of confidentiality on parties in arbitration*, in ***Confidentiality in arbitration : commentaries on rules, statutes, case law and practice, supplemento a ICC Bull., Parigi, 2009***

DITCHEV, *Le contrat d'arbitrage – Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer*, in *Rev. Arb.*, 1981, 394

DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 144

DOUGLAS, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in *British YB Int'l L*, 2003, 74

DRAHOZAL – NAIMARK, *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research*, L'Aia, 2005

DRAHOZAL, *Of Rabbits and Rhinoceri: A Survey of Empirical Research on International Commercial Arbitration*, in *J. Int. Arb.*, 2003, 23

EDWARDS, *Choice of disputes machinery in international arbitration*, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 184

EISEMANN, *Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale*, in *Droit et Pratique du Commerce International*, 1975, 3, 355

FARGES, *Étude comparée des règlements des chambres arbitrales*, Parigi, 1994, 443

FAZZALARI, *Ancora sulla imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1998, 3

FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997

FAZZALARI, *La cultura dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1991, 1

FORTIER, *The Occasional Unwarranted Assumption of Confidentiality*, in *Arb. Int.*, 1999, 131

FOUCHARD – GAILLARD - GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Parigi, 1996

FOUCHARD, *Le Statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*, in *Rev. Arb.*, 1996, 325

FOUCHARD, *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique*, in *Rev. Arb.*, 1989, 270

FOUCHARD, *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (A propos d'une jurisprudence récente)*, in *Rev. Arb.*, 1987, 225

FOUCHARD, *Relationships Between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution*, in *The Status of the Arbitrator*, *ICC Bull.*, supplemento speciale, Parigi, 1995, 12

FRACASSI, *Confidentiality and NAFTA Chapter 11 Arbitrations*, in *Chicago Journal of International Law*, 2001, 213

FRIEDLAND, *Arbitration Clauses for International Contracts*, 2^a ed., Huntington, 2007

GAILLARD - BANIFATEMI (a cura di), *Annulment of ICSID Awards*, New York, 2004, 5

GAILLARD - PINSOLLE, *The ICC Pre-Arbitral Referee : first practical experiences*, in *Arb. Int'l*, 2004, 20, 13

GAILLARD – SAVAGE (a cura di), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Londra, 1999

GAILLARD, *Laws and Court Decisions in Civil Law Countries*, intervento nella discussione *Conduct by a Party to Disrupt Establishing the Tribunal and Starting the Arbitral Proceedings*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 5 – I. Preventing delay and disruption of arbitration – II. Effective proceedings in construction cases*, Boston, 1990, 104

GANTZ, *The Evolution of the FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement*, in *American University International Law Review*, 2004, 679

GARAUD - DE TAFFIN, *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*, in *ICC Int'l Ct Arb. Bull.*, 2005, 16(1), 33

GÉLINAS, *Arbitration and the Challenge of Globalization*, in *J. Int. Arb.*, 2000, 117

GIARDINA, *ICSID: A Self-Contained, Non-National Review System*, in LILLICH - BROWER (a cura di), *International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity?*, Irvington, 1994, 199

GIRSBERGER – HAUSMANINGER, *Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate*, in *Arb. Int.*, 1992, 121

GIRSBERGER, *The Law Applicable to the Assignment of Claims Subject to an Arbitration Agreement*, in FERRARI – KRÖLL (a cura di), *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Monaco, 2010, 379

GOEKJIAN, *ICC Arbitration from a Practitioner's Perspective*, in *Journal of International Law and Economics*, 1980, 3, 407

GOGEK, *Multi-party Arbitration under ICC Rules*, in *International Financial Law Review*, Novembre 1989, 32

GREENBERG - MANGE, *Institutional and Ad Hoc Perspectives on the Temporal Conflict of Arbitral Rules*, in *J. Int. Arb.*, 2010, 199

GREENBERG - SECOMB, *Terms of Reference and Negative Jurisdictional Decisions: A Lesson from Australia*, in *Arb. Int.*, 2002, 125

GREENWOOD, *A Window of Opportunity? Building a Short Period of Time into Arbitral Rules in Order for Parties to Explore Settlement*, in *Arb. Int.*, 2011, 199

GRISEL, *Control of Awards and Re-centralisation of International Commercial Arbitration*, in *Civil Justice Quarterly*, 2006, 166

GRUNER, *Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, 923

GU, *The China-Style Closed Panel System in Arbitral Tribunal Formation – Analysis of Chinese Adaptation to Globalization*, in *J. Int. Arb.*, 2008, 121

HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, L'Aia, 2006

HANOTIAU, *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee procedure*, in *Int. Arb. L. R.*, 2003, 6, 75

HARMAN, *Getting the best from ICC Arbitration*, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 147

HARRIS, *The Arbitration Act 1996 – A Commentary*, 4^a ed., Oxford, 2007, 365

HASCHER, *ICC Practice in relation to the appointment, confirmation, challenge and replacement of arbitrators*, in *ICC Bulletin*, 1995, 2

HAUSMANINGER, *The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?*, in *ICSID Rev. – For. Inv. L. J.*, 1992, 7, 82

HENRY, *Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente*, in *Rev. Arb.*, 1999, 193

HIRSCH, *May Arbitrators Know the Lawyers of the Parties?*, in *ASA Bulletin*, 1990, 7

HOFFET, *Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien*, Zurigo, 1991

HOFFMANN, *Duty of Disclosure and Challenge of Arbitrators: The Standard Applicable Under the New IBA Guidelines on Conflicts of Interest and the German Approach*, in *Arb. Int.*, 2005, 427

HOLTZMANN – NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Boston, 1994

HORN, *Current Use of the UNCITRAL Arbitration Rules in the Context of Investment Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2008, 587

HORY, *Les garanties fondamentales de bonne justice dans l'arbitrage*, tesi presso l'Università Paris II

HUNTER, *A View from the ICC Court of Arbitration*, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 69

HWANG - THIO, *A Proposed Model Procedural Order on Confidentiality in International Arbitration: A Comprehensive and Self-Governing Code*, in *J. Int. Arb.*, 2012, 137

IDID, *Use of the UNCITRAL Arbitration Rules at Arbitral Institutions by Arbitral Institutions*, in *J. Int. Arb.*, 2007, 37

JAROSSON, *Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale*, in *Rev. Arb.*, 1990

JAROSSON, *Fixation des honoraires de l'arbitre dans a sentence elle-même et bénéfice de l'autorité de la chose jugée*, in *Rev. Arb.*, 1988, 149

JOHNSTON, *Bridging the Gap Between Western and Chinese Arbitration Systems - A Practical Introduction for Businesses*, in *J. Int. Arb.*, 2007, 565

JONES, *The drafting of disputes clauses*, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 193

KAPLAN, *Interim Measures – A Practical Experience*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 13 - International Arbitration 2006: Back to Basics?*, L'Aia, 2007, 768

KARRER, *Pros and Cons of Terms of Reference and Specific Procedural Agreements in Arbitration Clauses: Storm in to Calm the Sea*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 7 – Planning Efficient Arbitration Proceedings - The Law Applicable in International Arbitration*, 2a edizione, L'Aia, 1999, 73

KASSIS, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale: les déviations de l'arbitrage institutionnel*, Parigi, 1988

KESSLER, *Schiedsgerichtsvertrag und Schiedsgerichtsverfahren*, Monaco, 1970

KIFFER, *Comments on the Paris Court of Appeal Decision in SNF v. International Chamber of Commerce*, in *J. Int. Arb.*, 2009, 579

KING – VAN LEEUWEN, *Summary Arbitral Proceedings: A Powerful New Mechanism in NAI Arbitration*, in *Mealey's IAR*, 2000, 15(3), 59

KING, *Judicial Immunity and Judicial Misconduct: A Proposal for Limited Liability*, in *Arizona Law Review*, 1978, 20, 576

KINNEAR, *Institutional Developments at ICSID*, in *ICSID Rev.*, 2009, 17

KIRBY, *Insignia Technology Co. Ltd v. Alstom Technology Ltd: SIAC Can Administer Cases under the ICC Rules?!*, in *Arb. Int.*, 2009, 319

KIRBY, *With Arbitrators, Less Can be More: Why the Conventional Wisdom on the Benefits of having Three Arbitrators may be Overrated*, in *J. Int. Arb.*, 2009, 337

KNAHR – REINISCH, *Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise*, in *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2007, 97

KNAHR, *Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2007, 327

KOCH, *Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators*, in *J. Int. Arb.*, 2003, 325

KOCH, *The Limits of Arbitrator's Powers to Adjudicate Fees and Expenses*, in *Arb. Int.*, 2011, 233

KOURIS, *Confidentiality: Is Arbitration Losing One of Its Main Benefits?*, in *J. Int. Arb.*, 2005, 127

LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004

LALIVE, *Inquiétantes derives de l'arbitrage CCI*, *ASA Bulletin*, 1995, 4, 634

LALIVE, *Un Post-Scriptum et quelques citations*, *ASA Bulletin*, 1996, 1, 35

LAMM - HELLBECK - DALY - DROSSOS, *Users' Perspectives on Challenges Facing the Institutions in a Changing World*, in *ICSID Rev.*, 2009, 23

LANDOLT, *The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: An Overview*, in *J. Int. Arb.*, 2005, 409

LAZAREFF – SCHÄFER, *The 1992 Practical Guide on Terms of Reference Revisited*, in *ICC Bull.*, 1999, 2, 14

LEAHY – BIANCHI, *The Changing Face of International Arbitration*, in *J. Int. Arb.*, 2000, 4

LEW – MISTELIS – KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003

LEW (a cura di), *The immunity of arbitrators*, Londra, 1990

LEW, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, in *Atb. Int.*, 2006, 179

LEW, *Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*, in *ICC Int'l Ct Arb. Bull.*, 2000, 11(1), 30

LLOYD, *Particular features of the ICC Rules of Arbitration*, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 93

LUISO, *Il nuovo regolamento-tipo per l'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio*, in *Riv. Arb.*, 2007, 15

LUISO, *L'art. 832 c.p.c.*, in <http://www.judicium.it>

LUISO, *L'arbitrato delle Camere di commercio*, relazione al convegno *L'arbitrato al servizio dell'impresa*, Lucca 10 giugno 1988

MAIER, *Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit*, Herne, 1979

MARRIOTT, *Breaking the Deadlock*, in *Arb. Int.*, 2006, 411

MARTINEZ-FRAGA, *The American Influence on International Commercial Arbitration - Doctrinal Developments and Discovery Methods*, Cambridge, 2009

MAYER, *L'arbitre International et la hiérarchie des normes*, in *Rev. Arb.*, 2011, 361

MELIS, *Function and Responsibility of Arbitral Institutions*, conferenza tenuta a Bologna, 29-30 maggio 1987, in *Comparative Law Yearbook of International Business*, 1991, 107

MERKIN – FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, 4^a ed., Londra, 2008, 178

MIRABELLI - GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1997

MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, in *Rass. Arb.*, 1990

MISTELIS – LEW (a cura di), *Pervasive Problems in International Arbitration*, L'Aia, 2006

MISTELIS, *Confidentiality and Third Party Participation*, in *Arb. Int.*, 2005, 211

MONTALENTI, *La Camera arbitrale del Piemonte e le novità in materia di arbitrato*,
reperibile in
<<http://images.vb.camcom.it/f/Varie/Pr/Prof.Montalenti.pdf>>

MORTON, *Can a World Exist Where Expedited Arbitration Becomes the Default Procedure?*, in *Arb. Int.*, 2010, 103

MÜLLER, *Fast-Track Arbitration: Meeting the Demands of the Next Millennium*, in *J. Int. Arb.*, 1998, 15(3), 5

MÜLLER, *How Do International Institutions Select Arbitrators?*, in *J. Int. Arb.*, 2000, 157

MUSTILL - BOYD, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Londra, 2^a ed., 1989

NAJAR, *Inside Out: A User's Perspective on Challenges in International Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2009, 515

NATHAN, *Well, why did you not get the right arbitrator?*, in *Mealey's Int'l Arb Rep*, 2000, 15(7), 24

NEILL, *Confidentiality in Arbitration*, in *Arb. Int.*, 1995, 287

NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957

OAKLEY WHITE, *Confidentiality Revisited – Is International Arbitration Losing One of Its Many Benefits?*, in *Int. Arb. L. Rev.*, 2003, 29

ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 274

OKEIKEIFERE, *Appointment and Challenge of Arbitrators under the UNCITRAL Model Law; Part II: Challenge*, in *International Arbitration Law Review*, 2000, 13

ONYEMA, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Oxon, 2010

PANCHAUD, *Interventi al dibattito Le choix des arbitres*, in *Qualification de l'arbitre International*, *Rev. Arb.*, 1970

PARTASIDES, *Bad News From Stockholm: Bublank and Confidentiality Ad Absurdum*, in *Mealey's Int. Arb. Rep.*, 1998, 12

PAULSSON - RAWDING - REED - SCHWARTZ, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR - Clauses in International Contracts*, 2a edizione, L'aita, 1999

PAULSSON – RAWDING, *The Trouble with Confidentiality*, in *Arb. Int.*, 1995, 303

PAULSSON, *Arbitration of International Sport Disputes*, in *Arb. Int.*, 1993, 9, 359

PAULSSON, *The Timely Arbitrator: Reflections on the Böckstiegel Method*, in *Arb. Int.*, 2006, 19

PAULSSON, *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals*, in *ICSID Rev.*, 2008, 215

PAULSSON, *Vicarious Hypochondria and Institutional Arbitration*, in *Arb Int.*, 1990, 3, 237

PLANTEY, *International Arbitration in a Changing World*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series No. 6, 1994 - International Arbitration in a Changing World*, Boston, 1993, 67

PLANTEY, *Quelques observations sur l'arbitrage administré*, in *Journal du Droit International*, 1999, 731

PLATTE, *When Should an Arbitrator Join Cases?*, in *Arb. Int.*, 2002, 67

POLVANI, *Arbitrato amministrato e camere arbitrali*, in IRTI (a cura di), *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997

POTESTÀ, *The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws*, in *Arb. Int'l* , 2011, 27, 149

POUDRET - BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2a edizione, Londra, 2007

PRENDINI, *Questioni in tema di ricusazione nell'arbitrato amministrato*, in *Corr. giur.*, 2005, 842

PRÜTTING, *Vertraulichkeit in der Schiedsgerichtsbarkeit und in der Mediation*, in *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Colonia, 2001, 629

PRYLES, *Interlocutory Orders and Convention Awards: The Case of Resort Condominiums v Bolwell*, in *Arb Int'l*, 1994, 10, 385

PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000

RAU, *Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of 'Consent'*, in *Arb. Int.*, 2008, 199

RAWDING - SEEGER, *Aegis v. European Re and the Confidentiality of Arbitration Awards*, in *Arb. Int.*, 2003, 483

REDFERN – HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4^a ed., Londra, 2004

REDFERN, *ICSID – Losing its Appeal?*, in *Arb. Int.*, 1987, 3, 98

REINER, *Le règlement d'arbitrage de la CCI, version 1998*, in *Rev. Arb.*, 1998, 33

REINER, *Terms of Reference: the Function of the International Court of Arbitration and Application of Article 16 by the Arbitrators*, in *ICC Bull.*, 1996, 2, 59

REYMOND, *Confidentiality in a Forum of Last Resort? Is the Use of Confidential Arbitration A Good Idea for Business and Society?*, in *Am. Rev. Int. Arb.*, 2005, 479

RICCI E.F., *Note sull'arbitrato "amministrato"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002

RIVKIN, *Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited*, in *Arb. Int.*, 2008, 375

ROBINE, *The Liability of Arbitrators and Arbitral Institutions in International Arbitrations under French Law*, in *Arb. Int'l*, 1989, 4, 323

ROGERS – MILLER, *Non-Confidential Arbitration Proceedings*, in *Arb. Int.*, 1996, 319

ROGERS, *Transparency in International Commercial Arbitration*, in *Kansas Law Review*, 2006, 1304

ROVINE, *Fast-Track Arbitration: A Step Away from Judicialization of International Arbitration*, in LILLICH - BROWER (a cura di), *International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?*, Irvington, 1994, 45

ROVINE, *International Fast-Track Arbitration – Part I: An Overview*, in *World Arbitration and Mediation Review*, 1994, 5, 165

RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., Padova, 2006

RUBINO SAMMARTANO, *Il Référé Arbitral*, in *Foro Padano*, 1982, 35

RUBINO SAMMARTANO, *International Arbitration – Law and Practice*, Boston, 2001

RUTHERFORD – SIMS, *Arbitration Act 1996: A Practical Guide*, Londra, 1996, 224

SALOMON, *The Conduct of an International Arbitration: Do the Rules Make a Difference?*, in *J. Int. Arb.*, 2004, 103

SARRE, *ICC United Kingdom and Its Role in Arbitration*, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 58

SCHÄFER – VERBIST – IMHOOS, *ICC Arbitration in Practice*, L'Aia, 2005

SCHÄFER, *Terms of Reference in the Past and at Present*, in *ICC Bull.*, 1992, 1, 8

SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tubinga, 1975

SCHLOSSER, *L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre en droit allemand*, in *Riv. Arb.*, 2005, 2

SCHNEIDER, *The terms of reference*, in *The Ne 1998 ICC Rules of Arbitration*, *ICC Bull. – Special Supplement 1997*, 26

SCHÖLDSTRÖM, *The Arbitrator's Mandate – A Comparative Study of Relationships in Commercial Arbitration under the Laws of England, Germany, Sweden and Switzerland*, Stoccolma, 1998

SCHÜTZE - TSCHERNING - WAIS, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, Berlino, 1985

SCHWARTZ, *Multi-Party Arbitration and the ICC: In the Wake of Dutco*, in *J. Int'l Arb.*, 1993, 2

SCHWARTZ, *On the subject of administrative secretaries*, *ASA Bulletin*, 1996, 1

SCHWARTZ, *Reconciling Speed with Justice in International Arbitration*, in DAVIS (a cura di) *Improving International Arbitration: The Need for Speed, Liber Amicorum to Michel Gaudet*, Parigi, 1998, 44

SHAUGHNESSY, *Pre-arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitrator Rules*, in *J. Int. Arb.*, 2010, 337

SHAUGHNESSY, *Promoting Effective Arbitration through Legal Assistance Programmes*, in *Arb. Int.*, 2006, 315

SLAOUI, *The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators': A Call for Clarification*, in *Arb. Int.*, 2009, 103

SLATE, *Institutional Developments at the American Arbitration Association*, in *ICSID Rev.*, 2009, 3

SMIT, *Confidentiality in Arbitration*, in *Arb. Int.*, 1995, 337

SMITH, *Impartiality of the Party-Appointed Arbitrator*, in *Arb Int'l*, 1990, 320

SMITH, *The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution?*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1986, 26

SPONSELLER, *Redefining Arbitral Immunity: A Proposed Qualified Immunity Statute for Arbitrators*, in *Hastings Law Journal*, 1993, 4, 426

STALEV, *Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series No. 6, 1994 - International Arbitration in a Changing World*, Boston, 1993, 111

SZÁSZ, *Arbitration Rules and Practices of Institutions*, intervento nella discussione *Conduct by a Party to Disrupt Establishing the Tribunal and Starting the Arbitral Proceedings*, in VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 5 – I. Preventing delay and disruption of arbitration – II. Effective proceedings in construction cases*, Boston, 1990, 86

SZÁSZ, *The value of a network of arbitration institutions*, in SANDERS (a cura di), *ICCA Congress Series no. 1 – New trends in the development of International Commercial Arbitration and the role of arbitral and other institutions*, L'Aia, 1983, 26

TALLERICO – BEHRENDT, *The Use of Bifurcation and Direct Testimony Witness Statements in International Commercial Arbitration Proceedings*, in *Journal of International Arbitration*, 2003, 295

TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. Arb.*, 1997, 491

TASHIRO, *Quest for A Rational and Proper Method for the Publication of Arbitral Awards*, in *J. Int. Arb.*, 1992, 2, 97

TERCIER, *Le référé pre-arbitral*, in *ASA Bull.*, 2004, 22, 464

THIRGOOD, *International Arbitration: The Justice Business*, in *J. Int. Arb.*, 2004, 341

TRAKMAN, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2002, 1

TUPMAN, *Challenge and disqualification of arbitrators in International commercial arbitration*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, 38

TWEEDDALE, *Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception*, in *Arb. Int.*, 2005, 59

UFF - JONES, *Current Issues in International Arbitration*, in *International and ICC Arbitration*, Londra, 1990, 12

UGARTE - BEVILACQUA, *Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions*, in *J. Int. Arb.*, 2010, 9

ULMER, *The Cost Conundrum*, in *Arb. Int.*, 2010, 221

VAN DEN BERG, *Report on the Challenge Procedure*, in *The arbitral Process and the Independence of Arbitrators*, Parigi, 1991, 87

VAN HOUTTE, *Ten Reasons Against Arbitral Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*, in *Arb. Int'l*, 2004, 20, 85

VÁRADY, *Language and Translation in International Commercial Arbitration - From the Constitution of the Arbitral Tribunal through Recognition and Enforcement Proceedings*, L'Aia, 2006

VÁRADY, *On Appointing Authorities in International Commercial Arbitration*, in *Emory J. Int'l Dispute Res.*, 1988, 2, 311

VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971

VEEDER, *The Need for Cross-border Enforcement of Interim Measures Ordered by a State Court in Support of the International Arbitral Process*, in

VAN DEN BERG (a cura di), *ICCA Congress Series no. 12 – New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, L'Aia, 2005, 242

VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, 3^a ed., Torino, 2005.

VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, 2^a ed., Torino, 1997

VERDE, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv. Arb.*, 1997

VERDE, *Le funzioni «paragiurisdizionali» della Camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. Arb.*, 2001, 160

VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006

VERDE, *Sulla liquidazione dei compensi degli arbitri nell'arbitrato delle opere pubbliche*, in *Riv. Arb.*, 2006, 336

VOGT, *Der Schiedsrichtervertrag nach schweizerischem Recht*, Zurigo, 1984

WALSH – TEITELBAUM, *The LCIA Court Decisions on Challenge to Arbitrators: An Introduction*, in *Arb. Int'l*, 2011, 3, 283

WEBSTER, *Selection of Arbitrators in a Nutshell*, in *J. Int. Arb.*, 2002, 261

WETTER, *The ICC in the Context of International Arbitration*, in UFF – JONES (a cura di), *International and ICC Arbitration – Conference papers and source materials*, Londra, 1990, 40

WETTER, *The Present Status of the International Court of Arbitration of the ICC; An Appraisal*, in *Am. Rev. Int. Arb.*, 1990, 91

WHITESELL – SILVA-ROMERO, *Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience*, in *Complex Arbitration, Perspectives on their Procedural Implications*, in supplemento speciale *ICC Bull.*, 2003, 8

WHITESELL, *Multiparty Arbitration: The ICC International Court of Arbitration Perspective*, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford, 2009

WOLF, *Die institutionelle handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Monaco, 1992

ZIADÉ, *Reflections on the Role of Institutional Arbitration Between the Present and the Future*, in *Arb. Int.*, 2009, 427

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008