

RIASSUNTO

La tesi si propone di indagare il tema dell'imparzialità dell'organo giudicante nel procedimento arbitrale.

Il punto di partenza è costituito dall'esame dei valori che la compongono ovvero l'indipendenza, la neutralità e l'imparzialità *strictu sensu* intesa.

L'indipendenza consiste nell'assenza di relazioni, precedenti o attuali, dell'arbitro con una delle parti e presuppone la non dipendenza di natura economica, professionale o psicologica del giudice privato dalle parti o dai difensori delle stesse.

La neutralità si concretizza in un atteggiamento psicologico o intellettuale di estraneità nei confronti della più ampia categoria di cui la controversia fa parte e non in relazione alla specifica situazione in questione. L'arbitro deve essere cioè culturalmente ed ideologicamente equidistante dalle parti e tollerante verso gli altrui valori e convinzioni.

L'imparzialità in senso stretto è un requisito soggettivo dell'arbitro che presuppone che il suo "animo" sia privo di pregiudizi nei confronti di una delle parti.

Dall'esame svolto si perviene alla considerazione che l'indipendenza e la neutralità altro non sono che requisiti preventivi volti a garantire l'imparzialità, sono cioè dei cosiddetti valori – mezzo. Solo l'imparzialità, di cui indipendenza e neutralità sono requisiti strumentali, è il valore finale ed è assolutamente incompressibile.

Come è stato autorevolmente¹ chiarito "la imparzialità è un valore etico intrinseco al compito di giudicare l'altrui contesa, e si estende, quindi, tanto al giudice statale quanto all'arbitro, prima ed a prescindere dall'imposizione normativa".

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

La difficoltà si percepisce già in relazione all'inquadramento sistematico

¹ FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1992, p. 2.

dell'imparzialità arbitrale: da taluni² considerata non come un obbligo giuridico, ma solo come un dovere etico; da altri³ come “un obbligo privatistico fondato sulla fiducia” di cui migliori garanti sono le parti che hanno proceduto alla nomina, da altri⁴ ancora come un principio inderogabile di ordine pubblico.

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

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

Lo studio in oggetto si estende ai grandi sistemi processuali europei: tedesco, francese, spagnolo e inglese.

Si è proceduto all'analisi degli strumenti predisposti da ciascuna autorità statale per tutelare ed assicurare alle parti litiganti di essere giudicate da un giudice imparziale.

In primis, si sono analizzate le disposizioni relative alla capacità degli arbitri e alle modalità di formazione dei tribunali arbitrali, attraverso le quali è possibile assicurare la paritaria partecipazione delle parti alla formazione dei collegi arbitrali e, dunque, la equidistanza dell'organo giudicante dalle stesse.

In secundis si è proceduto alla individuazione e allo studio dei rimedi predisposti da ciascuno ordinamento giuridico per tutelare l'imparzialità del giudicante, in particolare: il *duty of disclosure*, che garantisce la piena trasparenza nei rapporti tra arbitri e litiganti; e i rimedi cd. successivi alla parzialità del giudice privato, quali la ricusazione e l'impugnazione del lodo emesso dall'arbitro parziale.

Nella prima parte si è esaminata la disciplina dettata dal legislatore inglese

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

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

4 CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1995, p. 219.

nell'Arbitration Act del 1996 e le applicazioni giurisprudenziali del *duty to act impartially*, che si compone di due diversi doveri: l'organo giudicante non solo deve essere effettivamente libero da pregiudizi o prevenzioni riguardo la controversia, ma deve altresì apparire all'esterno tale.

La difficoltà di garantire l'imparzialità dell'organo giudicante non solo effettiva ma anche apparente ha determinato lunghi contrasti in seno alla giurisprudenza inglese in relazione all'individuazione di un criterio per sindacare l'apparenza di imparzialità dell'arbitro. In particolare, le *authorities* inglesi si sono divise facendo riferimento a due differenti criteri: il cosiddetto “*real likelihood test*” e il criterio del “*reasonable suspicion*”. Il primo criterio considera l'arbitro parziale ove sussista una concreta probabilità o un concreto pericolo, *real danger*, di prevenzione da parte del giudice nella controversia. Il secondo dà rilievo al mero sospetto di parzialità in capo ad un uomo ragionevole.

Querelle poi culminata nel caso *Re v. Gough*, in cui si individuò quale unico test applicabile in tutti i casi di apparente parzialità di un organo giudicante quello costituito dal reale pericolo di prevenzione, riferendosi però allo standard dell'uomo ragionevole collocato nella medesima posizione della parte.

L'indagine si sofferma sull'esame di alcune figure tipiche dell'esperienza inglese quali il cd. *sole arbitrator*; l'*umpire* ed il *chairman* per poi concentrarsi sulla discussa figura degli *arbitrator – advocate*, che rappresenta un *unicum* rispetto alle esperienze e tendenze riscontrate negli altri ordinamenti giuridici. Questa prassi si è diffusa soprattutto nel settore delle *shipping and commodity disputes* sul finire dell'Ottocento, ove si consentiva a ciascuna parte di nominare il proprio arbitro e nell'ipotesi di *disagreement* tra gli arbitri su una singola questione relativa alla controversia, i *party – appointed arbitrators* procedevano alla nomina di *umpire*. Alla nomina dell'*umpire* non corrispondeva però l'abbandono della procedura arbitrale da parte degli altri due arbitri. Gli stessi continuavano a prendervi parte in veste di rappresentanti o di avvocati dei contendenti, con il preciso scopo di informare e istruire l'*umpire* circa i fatti di causa, le prove raccolte e le deduzioni dei litiganti.

L'arbitro di parte diventava a tutti gli effetti l'avvocato della parte che lo aveva nominato. Il *party-appointed arbitrator* aveva titolo, se pur non

l'obbligo, di continuare a partecipare alla procedura arbitrale e, se si avvaleva di tale titolo, le sue funzioni assumevano un contenuto diametralmente opposto a quelle svolte sino al *disagreement*. In tal modo, l'arbitro perdeva la sua *judicial function* per diventare *partial*, con funzioni pressoché identiche a quelle di un qualsiasi *lawyer*.

L'incarico deferito agli arbitri di parte non aveva più ad oggetto la risoluzione imparziale della controversia insorta, bensì di riuscire ad ottenere, per la parte che lo aveva nominato, il “*best compromise result*”.

Si è proceduto allo studio delle considerazioni e delle conclusioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza francesi, da tempo attente al tema dell'imparzialità arbitrale. Il dovere di indipendenza di spirito dell'arbitro è considerato dai giudici d'oltralpe la *pierre angulaire de l'arbitrage*, ciò che ne determina l'originalità e conferisce ad esso una reale autonomia. Tuttavia, molti contrasti si sono ravvisati sulla figura dell'*arbitre – partie* e sulla possibilità che il principio di imparzialità ammetta variazioni o temperamenti per gli arbitri nominati dalle parti.

L'analisi delle disposizioni del codice di procedura civile francese dimostra che l'imparzialità arbitrale viene assicurata dal legislatore francese non solo con la ricsuzione dell'arbitro parziale, ma anche con la previsione dell'obbligo per il giudice privato di dichiarare alle parti le circostanze o le relazioni che sono idonee a pregiudicare la propria imparzialità. L'oggetto dell'obbligo di rivelazione, e, dunque, la sua portata, ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali che sembrano però sopiti dalla riforma del 2011. L'art. 1456, comma secondo, n.c.p.c. prevede oggi che l'arbitro deve rendere note alle parti “*toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité*”.

L'attenzione per l'imparzialità del giudice privato è manifesta anche nell'ordinamento tedesco che oltre a consentire alle parti la possibilità di ricsuare l'arbitro sospetto e prevedere il *duty of disclosure* per tutti gli arbitri, detta una disciplina *ad hoc* a tutela della parte debole.

Il par. 1034, secondo comma, ZPO statuisce che, laddove il compromesso attribuisca ad una parte nella scelta del collegio un peso eccessivo tale da danneggiare l'altra, quest'ultima può richiedere al giudice⁵ che nomini uno o

5 Competente a provvedere alla nomina di uno o più arbitri ai sensi del secondo comma par. 1034 ZPO è la Corte d'Appello, come previsto dal par. 1062, comma primo, n. 1

più arbitri in modo divergente rispetto alla nomina già effettuata o al procedimento di nomina concordato. La disposizione è volta a garantire la paritaria partecipazione dei litiganti alla formazione del tribunale arbitrale. Un organo giudicante equidistante dalle parti garantisce il rispetto dell'imparzialità e indipendenza.

Il legislatore spagnolo si distingue dagli altri ordinamenti esaminati nell'imporre ai giudici privati un obbligo espresso di essere imparziali, ove nell'art. 17 della legge n. 60 del 2003 dispone che ” *Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial*”.

Ma si allinea alle tendenze presenti negli ordinamenti esaminati obbligando gli arbitri al *duty of disclosure* ed assicurando la ricusabilità dei giudici privati in presenza di dubbi sulla loro imparzialità.

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

La ricerca è volta all'individuazione del *quid comune* e del *quid diverso* del fenomeno dell'imparzialità arbitrale al fine di individuare il *common core* presente negli ordinamenti giuridici vigenti così da facilitare gli scambi economici internazionali⁶.

In particolare, dall'analisi comparatistica risulta che, sebbene l'imparzialità arbitrale venga tutelata in tutti gli ordinamenti giuridici esaminati con il ricorso alla ricusazione, diverse sono le situazioni che legittimano l'esperimento di tale strumento.

Si possono distinguere due modelli: gli ordinamenti giuridici che prevedono casi tipici di ricusazione arbitrale e gli ordinamenti che prevedono una formula generale in virtù della quale i giudici privati possono essere ricusati in presenza di giustificati dubbi sulla loro imparzialità.

L'Italia resta l'unico ordinamento giuridico a disciplinare la ricusazione con un'elencazione tassativa di motivi e continua a non imporre agli arbitri un obbligo positivo di *disclosure*.

La insufficiente disciplina italiana determina una molteplicità di ipotesi

ZPO.

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

dubbie e di prassi rischiose per l'imparzialità del giudice privato quali i colloqui preliminari tra parti e candidati arbitri; gli arbitri cd. seriali; e la discussa ammissibilità di nominare come arbitro il collega del difensore di una delle parti.

Il legislatore italiano, nonostante la recente riforma delle disposizioni in tema di arbitrato, si muove in controtendenza rispetto ai legislatori stranieri e resta ancorato a forme di tutela tradizionali dell'imparzialità.

Si sono poi individuate le conseguenze che la parzialità dell'arbitro potrebbe avere sulla circolazione del lodo pronunciato in applicazione della Convenzione di New York del 10 giugno 1958.

L'esame svolto ha condotto, infine, alla considerazione che gli ordinamenti giuridici diversamente tutelano il valore dell'imparzialità, predisponendo strumenti diversi e disciplinando procedimenti diversi.

Ciononostante tutti gli ordinamenti perseguono un'unica finalità: garantire alle parti litiganti di essere giudicate da un giudice imparziale. Indipendentemente da quale strumento ciascuna autorità statale decida di utilizzare per garantirlo, questo principio deve considerarsi cogente e comune a tutti gli ordinamenti giuridici.

Ma è necessario prendere atto che nessuno dei rimedi predisposti come presidio dell'imparzialità del giudice privato è effettivamente idoneo ad assicurarla.

L'assenza di prevenzioni e pregiudizi riguardo alla singola lite rimane necessariamente affidata al corredo etico del singolo arbitro. Solo un buon arbitro darà luogo, infatti, ad un buon arbitrato.

Il rispetto da parte del giudice privato delle disposizioni normative rientra nell'alveo della legittimità, ma il suo comportarsi secondo giustizia rientra nell'etica individuale di ciascuno di essi.

“Che il giudizio sia giusto o meno all'ordinamento giuridico non interessa: *tu l'as voulu*, egli risponde a chi si lamenta. Solo se il giuoco non è stato secondo le regole l'ordinamento interviene (...)”⁷.

7 SATTA, *Postilla*, in *Foro it.*, 1955, p. 1059.