

INTRODUZIONE

L'arbitrato è tra i metodi alternativi di risoluzione delle controversie (anche detti *A.D.R.* ossia, *alternative dispute resolution*) che sta guadagnando sempre maggior diffusione sia nel contesto nazionale che, soprattutto, in quello internazionale. Infatti la globalizzazione ha generato un significativo aumento degli scambi transfrontalieri di merci e servizi, e di conseguenza, anche delle controversie che possono sorgere da queste operazioni commerciali.

In questo contesto macroeconomico hanno trovato terreno fertile molti dei cosiddetti *A.D.R.*, tra cui anche l'arbitrato; quest'ultimo senza dubbio preferito da molti grazie principalmente a tre elementi che lo caratterizzano:

1. Efficacia nel fornire una soluzione rapida ed efficiente: l'arbitrato si è da sempre dimostrato capace di porsi come alternativa più rapida per la risoluzione delle controversie, evitando i lunghi tempi e i costi spesso associati ai tribunali ordinari;
2. Riservatezza: l'arbitrato riesce a garantire una maggiore riservatezza della controversia rispetto a un giudizio ordinario, tutto ciò che attiene al giudizio arbitrale, infatti, tende a rimanere riservato e visionabile solo dai partecipanti, in modo da evitare l'esposizione pubblica di informazioni sensibili;
3. Arbitri con competenze specifiche: le parti di un arbitrato hanno la possibilità di scegliere uno o più arbitri dotati di particolari competenze e professionalità, spesso in ambiti particolarmente specifici e tecnicamente complessi, di cui un giudice ordinario difficilmente ha mai avuto esperienza. Questo consente alle parti di avere la sicurezza che il loro caso sarà deciso da esperti del settore, che comprendono a fondo le sfumature delle questioni in discussione.

Per facilitare la comprensione al lettore, è fondamentale delineare una distinzione tra l'arbitrato rituale, oggetto di questa trattazione, e l'arbitrato irrituale, che si differenzia dal primo per disciplina e natura delle decisioni che ne derivano. L'arbitrato rituale avrà, una volta reso il lodo, la forza di una sentenza, mentre l'arbitrato irrituale ha natura puramente contrattuale.

In concreto, nell'arbitrato, i litiganti possono disporre del loro diritto alla decisione della controversia, escludendo la giurisdizione del giudice statale in favore di uno o più arbitri, purché la controversia rientri nei limiti dei diritti disponibili. Al contempo, è concessa alle parti una maggiore flessibilità in termini di regolamentazione del processo, soprattutto su profili critici come i termini, l'ammissibilità delle prove, e le modalità di nomina degli arbitri. In linea con questa tendenza espansiva, all'interesse verso lo strumento arbitrale si è affiancato l'interesse per temi cruciali come l'indipendenza dell'arbitro.

L'indipendenza dell'arbitro è fondamentale per garantire un processo equo e imparziale, poiché l'arbitro agisce come giudice nella controversia, e senza un arbitro indipendente, si rischia di compromettere la fiducia delle parti coinvolte nel processo arbitrale e di mettere a rischio l'integrità e la correttezza delle decisioni prese.

Il presente elaborato si propone di analizzare l'annosa questione dell'indipendenza dell'arbitro, analizzando poi in particolare la dichiarazione di indipendenza secondo le modalità con cui ha trovato applicazione, fino alla sua formale introduzione nel c.p.c., e come queste hanno influito nel procedimento arbitrale, fornendo maggiori garanzie di imparzialità e indipendenza per le parti. La disciplina in merito ha subito innovazioni significative a seguito della recente legge 26 novembre 2001, n. 206, e del conseguente d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Queste modifiche sono state introdotte al fine di modernizzare la disciplina dell'arbitrato rituale, e allo stesso tempo di affrontare alcune delle problematiche sorte in seguito alla riforma risalente al 1° marzo 2006, quando è entrato in vigore il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40; l'obiettivo è quello di garantire una maggiore tutela dell'indipendenza dell'arbitro e di conseguenza rafforzare la fiducia complessiva nel sistema.

Con questo elaborato si mira, inoltre, a fornire una panoramica sintetica sull'indipendenza dell'arbitro per come è odiernamente disciplinata, valutando l'impatto che hanno avuto recenti modifiche normative e identificando eventuali nuove criticità che potranno sorgere in seguito all'applicazione delle nuove norme, e di conseguenza, proveremo a prospettare anche possibili soluzioni idonee a superarle. In particolare ci concentreremo sulla "dichiarazione di indipendenza" dell'arbitro, ovvero l'obbligo di *disclosure* cui l'arbitro è tenuto preventivamente all'accettazione dell'incarico. Questa dichiarazione, come vedremo, è stato uno strumento

frequentemente utilizzato ed integrato nei procedimenti arbitrali sia “nazionali” che “internazionali”, e, con la recente c.d. Riforma Cartabia, è stato espressamente introdotto nel Codice di Procedura Civile, con conseguenze non trascurabili.

* * *

CAPITOLO UNO

L'INDIPENDENZA DELL'ARBITRO

* * *

SOMMARIETTO: 1.1 Indipendenza, imparzialità e terzietà; 1.2 Il paradosso dell'arbitro di parte; 1.3 Breve riflessione sulla natura dell'arbitrato; 1.4 L'art. 815 c.p.c. prima della Riforma Cartabia; 1.5 L'art. 815 c.p.c. dopo la Riforma Cartabia.

* * *

1.1 INDIPENDENZA, IMPARZIALITÀ E TERZIETÀ

Indipendenza, imparzialità e terzietà sono le tre caratteristiche tipiche ed essenziali riferibili ad un giudice. Questi tre termini, per quanto possano sembrare intercambiabili e sovrapponibili, presentano in realtà accezioni autonome, che li rendono distinguibili fra loro. Al giorno d'oggi, questi tre aggettivi, riferiti ad un giudice, trovano la loro corrispondenza in colui che, chiamato a dirimere una controversia tra due o più parti, è in grado di tenere un atteggiamento equilibrato ed equidistante dagli interessi sottesi alla controversia, conservandosi scevro da pregiudizi e preconcetti. In questo modo si assicura all'organo giudicante di poter svolgere al meglio la propria funzione.

Queste tre nozioni trovano esplicazione in una serie di disposizioni nazionali e convenzioni internazionali. Tra le più significative abbiamo rispettivamente sia l'art. 111 della Costituzione italiana, che dispone al suo 1° comma: *“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”*, e al 2° comma: *“Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice **terzo** e **imparziale**. La legge ne assicura la ragionevole durata”*, sia l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sottoscritta a Nizza negli

anni 2000 dal Consiglio europeo. L'art. 47, rubricato "*Diritto a un ricorso effettivo a un giudice imparziale*", testualmente dispone: "*Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice **indipendente e imparziale**, precostituito per legge*"¹.

Al fine di distinguere meglio i tre sopracitati "requisiti" di un giudice è impreteribile sul tema l'elaborazione delle tre nozioni svolta a livello giurisprudenziale dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Questi orientamenti vanno messi in rapporto con la novella apportata all'art. 111 Costituzione con l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1, con la quale si è cercato di tradurre in costituzione i principi portati dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

L'indipendenza viene identificata dalla Corte EDU come l'assenza di ogni vincolo di subordinazione², inteso come l'incapacità della struttura organizzativa in cui è inserito il giudice (organizzazione da intendersi in senso lato, sia questa una qualunque autorità pubblica o privata) di influenzare le decisioni che questo prenderà durante il procedimento e nel provvedimento finale. L'indipendenza è quindi una caratteristica che si relaziona primariamente al "sistema" in cui il giudice o l'arbitro della controversia è inserito.

L'imparzialità, invece, si riferisce all'*animus* del giudice, ossia ad un suo stato mentale comportamentale³, in quanto il giudice non deve essere propenso a pregiudizi e preconcetti personali⁴. Di Gravio la definisce come "*l'equidistanza che, nel formare*

¹ Vedi anche l'art. 6.1 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: "*Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta ...*".

La giurisprudenza di questa corte ha delineato la distinzione tra significato "oggettivo" e "soggettivo" dell'imparzialità del giudice. Il primo inteso nel senso di precedenti valutazioni nei confronti delle parti, il secondo invece inteso come atteggiamento personale del magistrato nei confronti delle parti.

² In giurisprudenza, fra le altre, v. Corte europea diritti dell'uomo, 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1982, p. 588.

³ C. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*. Giuffrè, 2010, p. 105.

⁴ R. SABATO, *L'imparzialità del giudice civile alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. Civinini e C. M. Verardi, cit., p. 171 e segg.

il proprio convincimento, si mantiene rispetto all'interesse contrapposto delle parti"⁵. La Corte di Strasburgo, consideratane la natura e la finalità di tutela delle parti, propende per un'interpretazione estensiva della nozione di imparzialità, che definisce come *"l'assenza nel giudice di prevenzione e di spirito partigiano"*⁶.

Entrambe, indipendenza e imparzialità, sono dotate di un profilo soggettivo (o personale) presumibile fino a prova contraria, e oggettivo (o funzionale) da verificare in concreto. Con il primo si intende una presa di posizione o un pregiudizio nel foro interno del giudice, mentre il secondo, consiste nel modo in cui appare il giudice all'esterno: questo infatti non solo deve essere oggettivamente imparziale e indipendente, ma deve anche apparire come tale alle parti⁷. *"It is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done"*⁸, soltanto garantendo non solo l'effettiva imparzialità del giudice, ma anche la sua apparenza come tale, si può mantenere la fiducia dei litiganti in una corretta risoluzione della controversia, tramite un giudice che sarà in grado di decidere equamente, senza interferenze.

È evidente, però, che l'effettiva imparzialità dell'arbitro, vista come qualità soggettiva e personale, è più difficile da dimostrare, soprattutto dato che si manifesterà a pieno solo al termine del giudizio, con la pronuncia del lodo.

Infine, la terzietà è la qualità che contraddistingue il giudice all'interno del processo, ove egli è *elevato ad entità distinta ed equidistante rispetto alle parti e alla controversia*⁹ tramite le regole tecniche e procedurali del processo; infatti, grazie alle norme sulla precostituzione del giudice e alle disposizioni sulla giurisdizione e

⁵ V. DI GRAVIO, *L'indipendenza dell'arbitro*, in: *Riv. Arb.*, 2018, p. 196.

⁶ AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. Civinini e C. M. Verardi, 2007, p. 172

⁷ Così, *ex multis*, caso *Campbell et Fell c. Regno Unito*, 28 giugno 1984, par. 18; caso *Sramek c. Austria*, 22 ottobre 1984, par. 42; caso *De Cubber c. Belgio*, 26 ottobre 1984, par. 26; caso *Bönisch c. Austria*, 6 maggio 1985, par. 32; caso *Belilos c. Svizzera*, 29 aprile 1988, par. 67

⁸ Citazione di Lord Hewart nel caso *Rex v. Sussex Justices*, 1924, ex parte *McCarthy*, frase che viene considerata come fondante della *Théorie des apparences*, ripresa poi nelle sentenze *Delcourt ca. Belgio* sentenza n.2689 del 1965; e *Borger c. Belgio*, n.12005 del 1986

⁹ C. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, cit., p. 33.

sulla competenza, ma anche a quelle regolanti il contraddittorio tra le parti, si incrementa la possibilità per i litiganti di essere convenuti davanti ad un giudice terzo¹⁰.

Possiamo quindi affermare che imparzialità, indipendenza e terzietà non sono, come si può facilmente pensare, tre termini simili e intercambiabili per lo stesso concetto di fondo, ma al contrario, per quanto legati da forti interazioni reciproche, ogni nozione ha una sua autonomia, volta ad attuare nella sua completezza il diritto costituzionalmente garantito ad un giusto processo. Ciò nonostante, spesso questi tre termini vengono usati *tout court* intercambiabilmente, per richiamare un unico concetto di fondo comune a tutti.

Indipendenza, imparzialità e terzietà vanno tenute distinte dalla neutralità. Il concetto di neutralità consiste in qualcosa di molto differente: è neutrale chi di fronte ad una controversia, ritiene di non dover propendere a favore di nessuna delle parti, mantenendo un distacco dagli interessi chiamati in gioco. Proprio per questo motivo la neutralità non può considerarsi una prerogativa del giudice, che è invece chiamato ad un intervento attivo sulla controversia, decidendo a favore di una o dell'altra parte¹¹.

I principi che abbiamo finora richiamato sono traslabili, non senza qualche difficoltà a causa del rapporto di fiducia che si instaura con le parti, anche all'arbitro. Il giudizio arbitrale infatti è considerato a tutti gli effetti come un vero e proprio processo¹² cui di conseguenza è imperativo applicare le garanzie riconosciute dall'art 111 Costituzione, per cui il processo deve tenersi "*davanti a giudice terzo e imparziale*". L'arbitro però si differenzia dal giudice per molti aspetti, che fanno emergere il problema dell'imparzialità con maggior forza rispetto al giudice dello Stato. Tra questi, possibilmente il più rilevante fra tutti, è la modalità di nomina. Da un lato, infatti, abbiamo il giudice ordinario che, precostituito per legge, è nominato tramite complessi meccanismi costruiti appositamente con il fine di impedire una

¹⁰ AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., p. 26. Escludono che gli aggettivi terzo e imparziale siano "*sinonimi inutilmente ripetitivi*"

¹¹ Cfr N. ZANON, *L'imparzialità del giudice*, in: Zanon, N. - Biondi, F. *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario: status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Milano, 2002, p. 90.

¹² V. DI GRAVIO, *L'indipendenza dell'arbitro*, in: *Riv. Arb.*, cit., p. 197.

possibile previsione anticipata su chi sarà il giudice, inteso come persona fisica, in concreto adibito alla risoluzione della controversia. Al contrario, la figura dell'arbitro trova uno dei suoi principali punti di forza proprio nella nomina di parte. Permettendo ai litiganti di scegliere autonomamente chi andrà a decidere la questione sorta tra loro, si concede sicuramente il beneficio di potersi dotare di giudici particolarmente competenti ed esperti, ma al contempo si rischia che ogni parte cerchi in questo modo di influenzare l'esito dell'arbitrato in suo favore, nominando uno o più arbitri particolarmente fedeli o conniventi. Anche qualora la parte assegnante la carica fosse dotata delle migliori intenzioni al momento della nomina (momento che può ben essere anteriore all'insorgere della controversia), comunque non si può negare che l'arbitro nominato sarebbe, per lo meno inconsciamente, portato come minimo ad avere una particolare attenzione per la posizione del nominante, se non addirittura che senta come suo dovere di far valere l'interesse di quella parte che ha riposto in lui tale fiducia.

È importante premettere che l'espressione impropria "arbitro di parte", anche se frequentemente utilizzata, non trova alcun riscontro nel codice di procedura civile, né nel codice deontologico forense, né nei regolamenti delle diverse camere arbitrali. Non è, infatti, *de iure condito* possibile distinguere i doveri di imparzialità degli arbitri in base alla loro nomina¹³. Ciononostante, mi avvarrò di questa espressione per ragioni di semplicità ed immediatezza, per indicare in un collegio quegli arbitri nominati dalle singole parti.

* * *

1.2 IL PARADOSSO DELL'ARBITRO DI PARTE

Il paradosso dell'arbitro di parte è uno dei problemi attualmente di più complessa risoluzione inerenti all'indipendenza dell'arbitro. È, infatti, inevitabile

¹³ C. CONSOLO, *Arbitri di parte non «neutrali»?», in Riv. arb.*, 2001 p. 9 e ss.

vedere tra le parole “arbitro” e “di parte” un insanabile ossimoro¹⁴. Come può quindi spiegarsi che la nomina di parte degli arbitri rimanga uno dei meccanismi di nomina più apprezzati e utilizzati tutt’oggi?

Dobbiamo chiederci innanzitutto se è possibile per le parti di un arbitrato, decidere di accettare un arbitro che non rispetti i requisiti di imparzialità e indipendenza.

Secondo quanto previsto dalle *I.B.A. Guidelines*, è possibile per le parti confermare la nomina di un arbitro anche per le circostanze indicate nella lista rossa (concetto che meglio approfondiremo *infra*, vedi par. 2.1.1), con il limite che l’accettazione sia espressa e queste circostanze siano classificate come *waivable* (ossia rinunciabili); in realtà, il procedimento corretto consisterebbe nel verificare tale scelta rispetto al cosiddetto “ordinamento di riferimento”, ossia l’ordinamento del paese in cui ha sede l’arbitrato, e che fornisce le norme di applicazione imperativa. Il principio di imparzialità dell’arbitro, in quanto principio di ordine pubblico nell’ordinamento italiano, è da ritenersi indisponibile¹⁵ poiché facente parte di quelle norme di applicazione necessaria, che non possono essere in alcun modo oggetto di rinuncia delle parti. Risulta quindi impossibile per le parti, rinunciare preventivamente (si intende già al momento della stipula del compromesso o della clausola arbitrale) alla garanzia di un arbitro imparziale, tramite l’esclusione fin da subito della possibilità di ricusarlo¹⁶.

Tutto ciò non significa necessariamente che un lodo emesso da un arbitro che non rispetti i requisiti di imparzialità non possa divenire definitivo; dobbiamo infatti ricordare che l’art. 829 c.p.c. non ricomprende il difetto di imparzialità dell’arbitro tra i motivi di annullamento del lodo, cosicché, qualora le parti decidessero di non esperire

¹⁴ V. DI GRAVIO, *L’indipendenza dell’arbitro*, in: *Riv. Arb.*, cit, p. 200.

¹⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, E. *Obbligo di disclosure e imparzialità dell’arbitro*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2022, p. 1047-1080.

¹⁶ Parte della dottrina ha immaginato una soluzione anticonformista, in cui il requisito di imparzialità è distribuito in modo disomogeneo: a differenza del terzo arbitro che dovrà essere completamente neutrale, gli arbitri di parte saranno rispettivamente posti in una situazione simmetrica di sostegno e di “contrapposta parzialità”, ognuna verso la parte che li ha nominati. C. CONSOLO, in *Arbitri di parte “non neutrali”?* cit., sosteneva l’ammissibilità dell’ipotesi “che le due parti si diano reciprocamente atto della possibilità di nominare arbitri *a latere* dichiaratamente non equidistanti, peraltro quindi in posizione di perfetta simmetria e trasparente bilanciamento”.

istanza di riconsunzione, data l'assenza di altri possibili rimedi, il lodo potrebbe certamente passare in giudicato. Rimane quindi esclusa per le parti soltanto la possibilità di rinuncia *ex ante* del diritto di riconsunzione. Per assicurare l'applicazione del principio di indipendenza e imparzialità è sufficiente, quindi, che la rinuncia ad esso avvenga quando le parti hanno piena consapevolezza a riguardo, ossia nel momento in cui vengono a conoscenza degli esatti motivi di parzialità degli arbitri. Solo allora potranno compiere una scelta consapevole, mai prima. In questo senso si esprime anche la Corte Edu, per cui, la rinuncia alla garanzia dell'imparzialità dell'arbitro deve essere inequivoca, chiara e consapevole, e tali condizioni si realizzano soltanto qualora la parte, disponendo della possibilità di riconsunare l'arbitro, decida di non farlo¹⁷.

La corte di Cassazione giunge ad una soluzione analoga, per cui una parte non può validamente esperire l'azione di nullità del lodo per parzialità dell'arbitro qualora non abbia prima deciso di tentare il rimedio della riconsunzione^{18 19}.

Quanto previsto dalla corte Edu e dalla Cassazione finisce dunque per combaciare nell'assunto per cui, soltanto l'acquiescenza o l'inattività della parte, possono risultare in una valida rinuncia alla garanzia dell'imparzialità dell'arbitro.

È pacifico, dunque, che sia gli arbitri presi singolarmente, sia il collegio arbitrale nel suo complesso, debbano essere indipendenti, terzi ed imparziali. La legge italiana, infatti, non fa distinzioni in termini di indipendenza ed imparzialità richiesta, tra l'arbitro di parte e quello nominato di comune accordo o da un terzo. È allora possibile graduare in modo disomogeneo l'imparzialità richiesta all'arbitro in base alle modalità con cui questo è stato nominato? Secondo parte della dottrina, l'imparzialità che si esige dall'arbitro deve essere parametrata in modo diverso a seconda che l'arbitro sia "di parte" o terzo, per cui, in caso di collegio arbitrale l'imparzialità va valutata considerando nel complesso il bilanciamento tra tutti gli arbitri nominati, non

¹⁷ Vedi il caso *Ali Riza and Others v. Turchia*, 28 gennaio 2020.

¹⁸ Cass. 15 novembre 2010, n. 23056, Commentata da PANZAROLA, *Intorno ai rimedi per denunciare la parzialità dell'arbitro*, in: *Riv. Arb.*, 2010, p. 671.

¹⁹ Cass. 20 novembre 2003, n. 17636, su: <https://www.altalex.com/documents/news/2004/10/19/cassazione-civile-ss-uu-sentenza-20-11-2003-n-17636>